الجامعة الأردنية

نمــوذج تفــويض

أنا حنان عبد الكريم علي القضاه، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبها.

التوقيع:

التاريخ: ١٢/١/٢٠١٠

القوة الملزمة للعقد في موضوعــه

" دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردنـــــي"

إعداد

حنان عبد الكريم علي القضاة

المشرف

الدكتور عبد الله الصيفي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الأول / ٢٠٠٩م

نوقشت هذه الرسالة/الأطروحة (القوّة الملزمة للعقد في موضوعه " دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني") وأجيزت بتاريخ ٢٨/ ١٢ / ٢٠٠٩ .

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الدكتور عبدالله علي الصفي، رئيساً (المشرف) أستاذ مساعد – الفقه وأصوله	د. عبدالله ....
الدكتور علي محمد الصوّا ، عضواً أستاذ – الفقه المقارن	....
الدكتور عارف عزّالدين حسونة ، عضواً أستاذ مساعد – الفقه وأصوله	....
الدكتور أحمد ياسين قرالة ، عضواً أستاذ مشارك – الفقه وأصوله (جامعة آل البيت)	....

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع...... التاريخ...١٢/١٢/ ٢٠١٠

الإهـــداء

إلى حضرة المصطفى. .. خير البرية. ... ومعلم البشرية. ...

سيدنا محمد عليه وعلى آله وأصحابه الطاهرين أتمّ الصلاة و أفضل التسليـم

إلى من تعجز الكلمات عن شكرها. .. نبعي الحنان. ... والعطاء. ....

إلى والدي العزيزين. .. حفظهما المولى الحفيظ

أهدي ثمرة هذه الدراسة المتواضعة

الشكـــر والتقديـــر

{ الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله } فالحمد والشكر من قبل ومن بعد للمولى الكريم الذي هداني ووفقني لهذا من غير حول لي ولا قوة. ... وبعد،

فإني وبعد أن منّ علي المولى عزّ وجلّ بإنهاء هذا العمل أجد لزاما علي أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من له حق عليّ، فأعانني أو قصد عوني،

فالشكر الجزيل موصولٌ إلى أستاذي المشرف على هذه الرسالة، الدكتور عبد الله الصيفي حفظه الله، الذي تفضل مشكورا بالإشراف على هذه الدراسة ومنحني نصحه وتوجيهه وإرشاده فجاد علي بجليل علمه.

فجزاه الله عني كل خير

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى أساتذتي الفضلاء الذين تفضلوا بقبول مناقشة دراستي المتواضعة، فمنحوني من وقتهم في سبيل إتمام هذا العمل وتقويمه

فجزاهم المولى تعالى عني خير الجزاء

ولا يفوتني أن أتقدم بعظيم الشكر والعرفان إلى الأستاذ عبد القدوس محمد القضاة الذي جاد علي بوقته وعلمه خاصة في هذه الدراسة ابتداء من طرح فكرتها، وكان عونا لي خلال العمل بها، فجزاه الله عني خير ما يجازي به عباده الصالحين

{ وَقُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يَتَّخِذْ وَلَدًا وَلَمْ يَكُن لَّهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ وَلَمْ يَكُن لَّهُ وَلِيٌّ مِّنَ الذُّلِّ وَكَبِّرْهُ تَكْبِيرًا }

فهرس المحتويات

الموضـــــــوع	الصفحة

القوة الملزمة للعقد في موضوعه "دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني"

إعداد

حنان عبد الكريم القضاة

المشرف

الدكتور عبد ا الصيفي

ملخـــص

تناولت هذه الدراسة موضوع القوة الملزمة للعقد في موضوعه في الفقه الإسلامي حيث تقوم نظرية القوة الملزمة للعقد على مبدأ هام ألا وهو مبدأ " العقد الشرعي شريعة المتعاقدين ". فبمجرد انعقاد العقد وجب على كل من العاقدين احترام قانونهما الذي التزماه والوفاء بما تم الاتفاق عليه في العقد. وقد تمت مناقشة الموضوع وفق المحاور التالية :

المحور الأول : حيث تم فيه الخلوص إلى مفهوم " القوة الملزمة للعقد في موضوعه " من خلال بيان كل من مفهوم العقد و موضوع العقد و القوة الملزمة للعقد والمصطلحات ذات الصلة.

المحور الثاني : حيث تم فيه التركيز على طبيعة موضوع العقد، و أهمية تفسير العقد وتكييفه وتحديد نطاقه في تنفيذ العقد والالتزام بشريعة العاقدين وقانونهما المسمى "بالعقد الشرعي".

المحور الثالث : حيث عرضت فيه الدراسة إلى بعض المستثنيات التي قد ترد على القوة الملزمة للعقد، حيث قد تطرأ ظروف تحتم تعديل العقد، والخروج عن القوة الملزمة للعقد، ومن ثم فقد ختمت الدراسة بما تم الخلوص إليه من نتائج.

بسم الله الرّحمن الرّحيم

المقدمة

قال تعالى : { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود }[1]. إن "القوة الملزمة للعقد " مصطلح حديث يرد في معظم الكتب القانونية التي تتحدث عن نظرية العقد، عند الحديث عن آثار العقد. إذ أن من آثار العقد إذا تم إنشاؤه على وفق القانون، أن يكون له قوة إنشاء الحقوق و الالتزامات، وإنشاء رابطة عقدية بين العاقدين، تقتضي منهما احترام هذا العقد، بعدم نقضه، وبتنفيذ مضمونه.

فإذا كان هذا هو مفهوم القوة الملزمة للعقد في القانون، فهل لهذا المفهوم وجود في الفقه الإسلامي، و هل يمكن صياغة بناء نظري على غرار ما في القانون من خلال جمع شتات ما يتعلق بالموضوع من أحكام متناثرة في أبواب الفقه الإسلامي، ونظمها في بناء فقهي و استعراض الآراء الفقهية في القضايا المكونة للدراسة؟

مشكلة الدراسة :

ستحاول هذه الدراسة إيجاد حلول للتساؤلات السابقة من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

أولا :ما مفهوم القوة الملزمة للعقد، وما أقسامها؟

ثانيا :ما طبيعة موضوع العقد، وما أثره في الإلزام؟

ثالثا : كيف يفسر العقد؟ وما القواعد التي تحدد تكييف العقد و نطاقه؟

رابعا : ما ضوابط تنفيذ العقد؟

خامسا : ما الاستثناءات التي قد ترد على مبدأ القوة الملزمة للعقد؟

أهمية الدراسة:

أفردت كثرة من الكتب مباحث للحديث عن القوة الملزمة للعقد، إلا أن جل هذه الكتابات ذات طابع قانوني، فمعظمها قانوني بحت، وبعضها شروحات قوانين تعرض في شرحها للمادة إلى الأصول الفقهية، أو أنها تقارن بين القانون والفقه، إلا أن ذلك عام يكتفي بالإشارة دون التفصيل.

---

[1] سورة المائدة الآية الكريمة (١)

تكمن أهمية هذه الدراسة في أنها تحاول إقامة بناء نظري فقهي للقوة الملزمة للعقد ومقارنته بمواد القانون المدني الأردني، بحيث يكون البحث منطلقا من الفقه أساسا، لا من القانون، وذلك إتماما لجهود السابقين الذين أصلوا لكثير من مفردات البحث كما هو واضح عند الشيخ مصطفى الزرقا في كتبه، وإتماما للبناء الذي أقامه الأستاذ السنهوري في ما يلزم العاقدين بالعقد في الفقه الإسلامي، و من ثم الخلوص بالنتيجة إلى نظرية فقهية خاصة بالقوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي.

أهداف الدراسة:

أولا: تهدف الدراسة ابتداء إلى بيان رسوخ قدم الفقه الإسلامي في حل قضايا الاقتصاد والمعاملات، كما تهدف إلى تقديم الفقه الإسلامي بصورة عصرية، تظهر مدى صلاحيته لكل زمان ومكان.

ثانيا: تهدف الدراسة كذلك إلى جمع شتات قضايا وأحكام، وتقديمها في دراسة علمية منظمة. إضافة إلى تقديم حلول عقْدية، بمعنى تنظيم العلاقة بين العاقدين تنظيما معتمدا على الفقه الإسلامي، ومواجهة النظريات التي قامت على أكتاف تراثنا الزاخر الثري، ثم قدمت هذا التراث على أنه جزء من الماضي.

ثالثا: إتمام جهود العلماء المعاصرين الذين وضعوا مفاهيم عصرية تأصيلية في فقه المعاملات، وتركوا المجال واسعا لإنتاج نظريات أو توسيعها أو تطويرها، بعد أن رسموا لنا معالم الطريق، فجزاهم ا عنّا كل خير.

الدراسات السابقة:

لقد درس موضوع القوة الملزمة للعقد طرق كثيرا خاصة في الكتب التي تحدثت في نظرية العقد، إلا أن ما كتب في الموضوع هو دراسات في القانون ابتداء وبعضه كان مقارنا مع الفقه الإسلامي، إلا أن الجانب الفقهي فيها لم يستكمل، أما الدراسات التي عرضت للموضوع فهي فيما يلي :

١. مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث "، عبد الرزاق السنهوري، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٩.

وهو يؤسس لنظرية القوة الملزمة من خلال تتبع أحكامها المتناثرة في الفقه الإسلامي، إلا أن النظرية بحاجة إلى مزيد بحث، كما أن هناك الكثير من المسائل التي تحتاج إلى استعراض و تفصيل الخلاف بين الفقهاء والمقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة.

٢. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، (نظرية العقد)، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٨

وهو من أهم الكتب التي تعرض الفقه الإسلامي عرضا جديدا بتنظيم وتوجيه جديدين، وقد أشار إلى القوة الإلزامية أو الملزمة للعقد كمصطلح إلا أن مفردات البحث جاءت متناثرة في ثنايا نظرية العقد ونظرية الالتزام، كما أن الأستاذ الزرقا اعتمد في الكتاب غالبا على ما ترجح عنده من الآراء الفقهية.

وستقوم دراستي باستعراض آراء الفقهاء واستنتاج مواقفهم من القضايا المتعلقة بالبحث، كما ستقوم بجمع هذا الشتات ونظمه في بناء" القوة الملزمة للعقد في الفقه الإسلامي".

٣. شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، مصطفى الزرقا، مطبعة الحياة، دمشق، ط٤، ١٩٦٤.

وهو الجزء الذي يشرح نظرية الالتزام العامة من خلال عرض أحكامها، وهو يقارن بعض هذه الأحكام بالفقه الإسلامي، وقد أفرد مطلبا لقوة العقد الملزمة وآخر للأشخاص الذين يسري عليهم العقد، ووجدت بعض المقارنات بين أحكام القوة الملزمة بين الفقه الإسلامي إلا أنها ليست لجل أحكام النظرية كما أنها ليست معمقة وإنما تعتمد على الراجح عند الشيخ من الآراء الفقهية.

٤. التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية لنشر والتوزيع، الجزائر، ط٢، ١٩٧٩.

وقد فصل الكاتب البحث فتحدث عن طرق التعبير عن الإرادة، وعن نظرية الإرادة الظاهرة، وعن الخلاف بين التعبير والإرادة، وعن الإرادة الباطنة.

والتعبير عن الإرادة يرجع إليه عند تفسير العقد وتكييفه لبيان القوة الملزمة للعقد، حيث إن ذلك جزء من نظرية القوة الملزمة للعقد.

٥. تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، عبد الحكم فودة، منشأة المعارف، بالإسكندرية، طبعة بلا، ١٩٨٥.

حيث بحث الكاتب نظرية تفسير العقد، وعرض فيها لجانب نظري وآخر تطبيقي. ففي الجانب النظري عرض الكاتب لأنظمة التفسير- الشخصي، الموضوعي، نظرية التعبير-. أما في الجانب التطبيقي فقد عرض لطبيق نظرية التفسير على عقود الإذعان في الباب الأول، ثم تطبيق النظرية أمام القضاء في الباب الثاني. وتفسير العقد الذي هو موضوع دراسة كتاب الدكتور عبد الحكم فودة هو جزء من نظرية القوة الملزمة للعقد الذي هو موضوع الرسالة.

٦. دراسات في فقه القانون المدني الأردني "النظرية العامة للعقد"، عبد الناصر أبو البصل، دار النفائس الطبعة الأولى، ١٩٩٩.

وقد أورد الباحث باباً في آثار العقد وانحلاله، فيه فصل في القوة الملزمة للعقد، وجاءت الدراسة لمواد القانون المدني الخاصة بالقوة الملزمة للعقد معتمدا على الفقه الإسلامي والقوانين العربية.

وستكون دراستي بإذن ا دراسة فقهية مختصة بنظرية القوة الملزمة للعقد، مع الإشارة إلى القانون المدني.

٧. القوة الملزمة للعقد بالنسبة للموضوع، حسين عامر، مطبعة مصر، القاهرة، ط١، ١٩٤٩.

وهو كتاب قانوني يتحدث عن جانب من جوانب القوة الملزمة وهو القوة الملزمة بالنسبة للموضوع، بينما ستكون دراستي فقهية قانونية. و رغم كون الكتاب مؤلفاً قانونيا بحتا إلا أنه لا بد من الرجوع إليه وإلى غيره من المؤلفات القانونية التي تحدثت عن الموضوع، لما يعلم من أن لهذه الكتب السبق في تنظيم النظرية وتقسيماتها.

٨. نظرية العقد في الفقه الإسلامي، "دراسة فقهية مقارنة "، محمد سراج، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٢.

عرض فيه الباحث لآثار العقد بالنسبة للعاقدين ، وتحديد نطاق العقد، و الدفع بعدم التنفيذ، ونظرية الظروف الطارئة، وأثر العقد بالنسبة للخاف، والدائن، والتعهد

والاشتراط، عن الغير، وتفسير العقود. وهذا جزء بل لا يتجزأ من نظرية القوة الملزمة. إلا أن هذه المباحث بحاجة إلى تعمق في الآراء الفقهية والخلاف بين المذاهب. كما أنه لم تظهر عنده نظرية للقوة الملزمة، وهذا ما ستغطيه الدراسة بإذن المولى عز وجل.

٩. تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. علاء الدين محمد علي مقابلة، رسالة ماجستير، إشراف نائل مساعدة، أحمد القرالة مشرف مشارك، جامعة آل البيت، ٢٠٠٤.

وهذه الدراسة تبحث في جزئية هامة في موضوع دراستي، بل إنها في صلب نظرية القوة الملزمة للعقد، فهي تبحث في مفهوم تفسير العقد ومناطه، والعلاقة بين تفسير العقد ومبدأ سلطان الإرادة، وموقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني من مبدأ سلطان الإرادة، والتمييز بين تفسير العقد وتكييفه، كما تفرد مساحة لا باس فيها في قواعد تفسير العقد، ومذهب الفقه الإسلامي في تفسير العقد واتجاهاته في تفسير العقد، وتفسيره في القانون المدني الأردني. ودراستي ستكون بإذن ا دراسة لنظرية القوة الملزمة للعقد ككل والتي أحد أركانها مضمون هذه الرسالة .

١٠. تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة "، سوزان عبد الحميد أبو السعود، رسالة ماجستير، إشراف خليل الهندي، و إسماعيل عبابنه، جامعة آل البيت، ٢٠٠٦.

أوردت فيه الباحثة باباً في تفسير العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني يتحدث فيه عن معنى التفسير والقواعد الفقهية التي تنظم العلاقة بين الصيغة والنية في العقود. وفصلا عن علاقة الإرادة الظاهرة بالباطنة، والقواعد التي تنظمها. كما أوردت الباحث فصلا في القواعد الفقهية التي تساعد في تحديد نطاق العقد.

ثم أوردت الباحثة باباً في تحديد مكملات العقد قي الفقه الإسلامي فيه فصل في تحديد مكملات العقد في الفقه الإسلامي من التوابع والنص والشرط وطبيعة الالتزام والعرف، ثم بحثت أوجه التشابه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في موضوع تحديد نطاق العقد. لا شك أن موضوع هذه الرسالة هو جزء رئيس في منظومة القوة الملزمة للعقد ولا شك أن هذه الرسالة ستكون لي معينا قويا في إتمام هذه المنظومة. لكن دراستي ستكون لكل نظرية القوة الملزمة، وليس فقط هذه الجزئية.

كل هذا لا شك سيثري الدراسة، إذ أن كلاً من المؤلفات والدراسات السابقة كما أسلفت تعد جزءاً من نظرية القوة الملزمة، التي سأقوم بدراستها.

منهج البحث:

ستعتمد الدراسة منهج البحث التالي :

أولا: المنهج الوصفي، وذلك من خلال استقراء المسائل المتعلقة بموضوع الدراسة واستخراجها من مصادرها الأساسية في كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة، إضافة إلى المواد المتعلقة بموضوع الدراسة في القانون المدني الأردني.

ثانيا: المنهج التحليلي، وذلك بتحليل الآراء الفقهية وتفسيرها، ومناقشتها، ومحاولة الترجيح بينها ما استلزم الأمر ذلك. ومن ثم مقارنتها بمواد القانون ذات العلاقة.

القوة الملزمة للعقد في موضوعه

" دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني "

الفصل التمهيدي

و يشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم العقد والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني : مفهوم الإلزام.

المبحث الثالث : مفهوم القوة الملزمة للعقد في موضوعه.

المبحث الأول

مفهوم العقد والألفاظ ذات الصلة

المطلب الأول : تعريف العقد لغة

العقد لغة هو: " الجمع بين أطراف الشئ ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما، فيقال عاقدته وعقدته وتعاقدنا وعقدت يمينه "[١]. و "العقود" جمع"عقْدٍ"، وأصل"العقد"، عقد الشيء بغيره، وهو وصله به. يقال منه: "عقد فلان بينه وبين فلان عقدا، فهو يعقده" [٢]. " والعقد مصدر استعمل اسما فجمع نحو {أوفوا بالعقود}، والعقدة اسم لما يعقد من نكاح أو يمين أو غيرهما، قال: {ولا تعزموا عقدة النكاح}[٣].

" والعقْد الضمان، والعهد "[٤] و " عقَد العهد واليمين يعقِدهما عقْداً وعقدهما أكدهما " [٥].

" ويقال عهدتُ إلى فلانٍ في كذا وكذا وتأْويله أَلزمته ذلك. ... فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق "[٦] و " قوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود} قيل هي العهود وقيل هي الفرائض التي أُلزموها قال الزجاج (أوفوا بالعقود) خاطب ا المؤمنين بالوفاءِ بالعقود التي عقدها ا تعالى عليهم والعقُودِ التي يعقِدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين "[٧].

" وموضِع العقْدِ: وهو ما عقِد عليه" [٨].

و يتضح مما سبق أن العقد في اللغة يرجع إلى الربط والتوثيق بين طرفين ثم استعير هذا اللفظ لما يبرمه الناس من العقود لما فيها من معنى الربط والاستيثاق والتوكيد.

---

[1] الراغب الأصفهاني ، الحسين بن محمد ، (ت ٥٠٢ هـ) . مفردات ألفاظ القرآن ، ط بلا ، ٢م، دار القلم ، دمشق . كتاب العين ، ج ٢، ص١٠٩

[2] الطبري ،أبو جعفر، محمد بن جرير ،(ت ٣١٠ هـ) . جامع البيان في تأويل القرآن ، ط الأولى ، ٢٤ م ، (تحقيق أحمد شاكر) , مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٠ م . ج١، ص٤٥١ .

[3] الأصفهاني ، المصدر نفسه ، ج٢، ص١٠٩ .

[4] الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب ، (ت٨١٧ هـ) . القاموس المحيط ، ١م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت . ج١، ص٣٨٣ .

[5] ابن منظور ، محمد بن مكرم ، (ت٧١١ هـ) . لسان العرب ،ط ١ ، ١٥م ، دار صادر ، بيروت . ج٣،ص٢٩٦ .

[6] ابن منظور ،المصدر نفسه ، ج٣، ص٢٩٦ .

[7] ابن منظور، المصدر نفسه، ج٣،ص٢٩٦ .

[8] الفيروز أبادي ، المصدر نفسه ، فصل العين ، ج١، ص٣٨٣ .

المطلب الثاني : تعريف العقد اصطلاحا :

باستقصاء كلام الفقهاء وعباراتهم حول العقد نجد العقد يطلق بإطلاقين، ونجد الفقهاء مختلفين في إطلاق " العقد " بهما بين معمم ومخصص، فبينما يقصره البعض على نوع خاص من الالتزام يطلقه آخرون على كل التزام، فنجد بعض الفقهاء إذ يعبرون بالعقد عن ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما كما في البيع والزواج، والإجارة لا يعتبرون التصرفات التي تتم بكلام طرف واحد عقدا، كما في الطلاق والإبراء والإعتاق.

في مقابلة ذلك نجد من الفقهاء من يعمم معتبرا العقد كل ما عقد الشخص العزم عليه من التصرفات، سواء في ذلك أكان يتم بكلام طرف أو كان متطلبا كلام الطرفين [١].

من ذلك نص الإمام الشافعي: " هذا من سعة لسان العرب الذي خوطبت به، فظاهره عام على كل عقد. ويشبه (وا أعلم) أن يكون ا (تبارك وتعالى) أراد : [أن] يوفوا بكل عقد كان بيمين، أو غير يمين. وكل عقد نذر."[٢]

ومن ذلك أيضا نص القاضي زكريا الأنصاري في شرحه (أسنى المطالب) في كتاب النذر: "الركن الثاني: الصيغة فلا بد منها في النذر فلا ينعقد بالنية كسائر العقود"[٣].

ويلحظ من استخدام الفقهاء واصطلاحهم في كلمة " العقد " أنهم لا يبتعدون بها كثيرا عن معناها اللغوي، وإنما نجد في هذا الاصطلاح تخصيصا لما فيه من العموم [٤]. فإن كان العقد في اللغة يطلق على الجمع بين أطراف الشئ والربط بينهما، فإن من هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية، كما أنه إذا كان يطلق ويراد به إحكام الشئ وتقويته، فإن من هذا المعنى أُخِذَ العقد اصطلاحاً بمعنى العهد واليمين، فاليمين يقوي عزم الحالف، والعهد يحكم الصلة بين المتعاقدين[٥].

لكن ما اصطلح عليه فقهاء العصر هو المقصود الأول، أي ما يكون فيه ارتباط الإيجاب والقبول، والعقد بمعناه الخاص هو ما يهمنا في هذه الدراسة.

ومن نصوص الفقهاء في تعريف العقد بمعناه الخاص :

---

[1] أبو زهرة ، محمد ،(١٩٧٧) . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،. ص٢٠٠ .

[2] الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي ، (ت٢٠٤ هـ) . أحكام القرآن ، ٢م ، (تحقيق عبد الغني عبد الخالق) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ . ج١، ص٢٠٩ .

[3] الأنصاري ، القاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، (ت٩٢٦ هـ) . أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط١، ٤م ، (تحقيق د. محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت . ج١، ص٥٧٥ .

[4] أبو زهرة ، المصدر نفسه ، ص٢٠٠ .

[5] شلبي ، محمد مصطفى ، (١٩٨٥) . المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة ، بيروت . ص٤١٥.

- العقد : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا، على وجه يثبت أثره في محله[1].

واختارت المجلة العدلية في مادتها (١٠٣) تعريف العقد بكونه : " العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول ". كما عرفت الانعقاد في المادة (١٠٤) الانعقاد بكونه " تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما"[2].

ويفهم من خلال المادتين (١٠٤، ١٠٣) أن العقد هو عبارة عن : ارتباط إيجاب بقبول على وجه يثبت أثره في محله.

وكذا نجد القانون المدني الأردني يأخذ بهذا المعنى في تعريفه للعقد في المادة (٨٧) التي تنص على أن: " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "[3].

وكذا يتضح ذلك في تعريف الانعقاد في المادة (٩٠)منه، ونصها:" ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"[4].

<u>التعريف المختار:</u>

بالنظر إلى عبارات الفقهاء في تعريف العقد نجد أن الغالب والشائع في معانيها وألفاظها يلتقي عند التعريف الذي اختارته مجلة الأحكام العدلية للعقد من كونه : " **ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله** " وهو التعريف الذي اختاره الباحث.

تحليل التعريف:

أما الإيجاب والقبول : فهو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد، وهو الواسطة للتعبير عن الإرادتين، من الكلام أو الإشارة أو العمل.

وأما ارتباط الإيجاب بالقبول : فهو بمعنى تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر، واتفاق إرادتيهما على إحداث الأثر. وبهذا القيد يخرج ما لم يكن اتفاقا بين إرادتين أو طرفين يكون من أحدهما إيجاب ومن الآخر قبول، وهو ما يتفق مع تعريف القانون المدني الأردني للعقد من كونه

---

[1] ابن نجيم ، المصدر نفسه ، ج٥، ص٢٨٣ .
[2] جمعية المجلة ، مجلة الأحكام العدلية ، ١م ، (تحقيق نجيب هواويني) ، كارخانه تجارت كتب . ج١ ، ص٢٩ .
[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني ، بإدارة المحامي طارق نبيل ، وعضوية المحامي توفيق سالم والمحامي منير مزاوي ، ٢م ، نقابة المحامين ، عمان ، ١٩٧٦ . ج١، ص٩٣ .
[4] المذكرات الإيضاحية ، ج١، ص٩٦ .

"ارتباط الإيجاب والقبول...". كما يخرج منه كل إيجاب وقبول لم يكن بينهما ارتباط، بأن كانتا غير متطابقتين، أو غير متوافقتين.

وبقيد "على وجه مشروع : خرج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على سرقة مال فلان، ويترتب على خروجه عدم ترتب أثره في محل العقد.

أما قيد " يثبت أثره في محله" والأثر هو ما رتبه الشارع من التزام على العاقد بعد إنشاء العقد والذي يقع فعله على المعقود عليه أو المحل، فقد خرج به ارتباط ما لا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته الشائعة من دار لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها، مما لا فائدة منه ولا أثر له.

فإذا قال شخص لآخر : بعتك الكتاب، فهو الإيجاب، وقال الآخر : اشتريت، فهو القبول، ومتى ارتبط القبول بالإيجاب، وكانا صادرين من ذوي أهلية معتبرة شرعا، ثبت أثر البيع في محله – وهو الكتاب هنا -، وهذا الأثر هو انتقال ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق البائع الثمن في ذمة المشتري.[1]

---

[1] الزحيلي ، وهبه الزحيلي ،(١٩٨٩) . الفقه الإسلامي وأدلته ، ط٣، دار الفكر ، دمشق .ج٤، ص٨٠-٨٢ .

المطلب الثالث :الألفاظ ذات الصلة

الفرع الأول : التصرف

هو : " ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في مصلحته ذلك الشخص أو لا."[١].

ويلاحظ من التعريف أن التصرف يشمل الأفعال والأقوال وبناء على ذلك فالتصرف أعم من العقد[٢]، إذ العقد تصرف قولي مخصوص[٣]. والعقد بالإطلاق الخاص له متضمن في التصرف ونوع من أنواعه والتصرف يشمله ويشمل غيره، وأما بالإطلاق العام له فإن العقد مرادف للتصرف [٤].

الفرع الثاني : الالتزام :

هو: " كون الإنسان مكلفا، على وجه الإلزام، بفعل أو ترك تجاه آخر"[5].

والعقد بمعناه الخاص التزام ناشئ عن شخصين، فالعقد إذا مصدر من مصادر الالتزام.[٦]

ويسمى الالتزام الناشئ عن العقد " التزاما عقديا " [٧].

ومن المفيد هنا التفريق بين الالتزام العقدي و حكم العقد، فحكم العقد هو الغاية الأساسية التي ينشأ العقد ابتداء من أجل تحقيقها، كانتقال ملكية المبيع بعوض في عقد البيع. وحكم العقد هذا يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد فلا يتوقف نفاذه على التنفيذ[٨].

أما الالتزام الناشئ عن العقد فهو كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل وجب بمقتضى هذا العقد على أحد العاقدين لمصلحة الآخر. كتسليم المبيع. ولا يتحقق مقتضى هذا التكليف بمجرد الانعقاد بل لا بد من تنفيذه من قبل الملتزم. فإذا اختلف المتعاقدان في تنفيذ التزامات العقد يتوقف اعتبارها منَفّذَةً على إثبات الملتزم تنفيذها.[٩]

---

[1] شلبي ،المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، ص٤١٣ .
[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ، ط٢ ،٤٥م ، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون والإسلامية ، الكويت / طبعة ذات السلاسل ، ١٩٨٣ . ج١٢ ، ص ٧١ .
[3] الزرقا ، مصطفى أحمد . المدخل الفقهي العام ،ط١، ٢م ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٨ . الفصل ٢٧ .
[4] أبو زهرة ، المصدر نفسه ، ص١٩٩ .
[5] زيدان ، عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، دار عمر بن الخطاب ، الإسكندرية . ص٢٨٧ .
[6] زيدان ،المصدر نفسه ، ص٢٨٧ .
[7] الزرقا ، المصدرنفسه ، الفصل ٣٩ ، ص٥١٥ .
[8] الزرقا ، المصدر نفسه ، الفصل ٣٩، ص٥١٥.
[9] الزرقا ، المدخل الفقهي ، الفصل ٣٩، ص٥١٨ .

أنواع الالتزامات العقدية[١] :

أولا: مقتضى العقد : وهي الالتزامات التي يعتبر العاقد مكلفا بها دون الحاجة إلى اشتراطها صراحة، كتسليم المبيع.

ثانيا: ما يتوقف الإلزام به على اشتراط أحد العاقدين له على الآخر. [٢]

[1] الالتزامات العقدية وحقوق العقد هما وجهان لعملة واحدة؛ فالالتزامات العقدية هي ما يثبت على كل عاقد تجاه الآخر من واجبات، وحقوق العقد هو ما يثبت لكل عاقد على الآخر من واجبات .

[2] الزرقا ، المصدر نفسه ، الفصل ٣٩ ، ص٥١٩ .

المبحث الثاني

مفهوم الإلزام

المطلب الأول : حقيقة الإلزام

الإلزام لغة : من لزم الشئ يلزم لزوما ثبت ودام وتعدى بالهمزة فيقال ألزمته أي أثبته وأدمته، ولزمه المال و ألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه[١].

و الإلزام في نظرية العقد يقع على معنيين: الأول : إنشاء الالتزامات، والثاني: عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، واختار الزرقا للأول لفظة :إلزام، وللثاني : لفظة لزوم، منعا للاشتباه بين المعنيين.[٢]

وأما الإلزام اصطلاحا فهو:

إنشاء التزامات متقابلة معينة على العاقدين، أو إنشاء التزام معين على أحدهما. فالأول كما في البيع، والثاني كما في الوعد بجائزة. وهذا من آثار العقد[٣].

فالإلزام إذا هو أثر لكل عقد، فما من عقد إلا وينشئ التزاما معينا على أحد عاقديه أو كليهما بحسب طبيعة العقد[٤].

والفرق بين الإلزام والالتزام أن الالتزام يصدر من الشخص نفسه باختياره من قبل نفسه، فإذا أصدره أصبح ملزما به والإلزام يكون من سلطة حاكمة خارجة عن الملتزم[٥].

---

[1] الفيومي ، أحمد بن علي الفيومي الحموي . المصباح المنير ، ٢م، المكتبة العلمية ، بيروت . باب اللام مع الزاي وما يثلثها ، ج٢، ص٥٥٢.
[2] الزرقا ، المصدر نفسه ، الفصل ٣٩ ،ص٥١٣ .
[3] الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤ ،ص ٢٣٣ .
[4] الزرقا ، المصدر نفسه ، الفصل ٣٩، ص٥١٣ومابعدها .
[5] العطار ، عبد الناصر توفيق ، (١٩٧٨) . نظرية الأجل في الالتزام ، مطبعة السعادة ، القاهرة . ص٢٥-٢٧ .

المطلب الثاني: أطراف الالتزام

إذا نظرنا إلى نظرية الالتزام بحثا في طبيعتها وحقيقتها في الفقه الغربي وجدناها يتنازعها مذهبان الأول: مذهب شخصي؛يرى في الالتزام رابطة بين شخصين، تتبع أحدهما للآخر و تخضعه له، فيصبح لشخص الدائن سلطان على شخص المدين.

والثاني: مذهب مادي؛ يرى في الالتزام رابطة بين ذمتين؛ ذمة الدائن وذمة المدين. وبالنظر إلى شخصيهما فإنهما متكافئان لا سلطان لأحدهما على الآخر.

وقد نضج هذا المذهب إلى مرحلة جعلته يحلل الالتزام إلى عنصرين:

- عنصر المديونية وهو وصف ساكن في حالته لا يفيد إلا تعلق الالتزام بالذمة دون إجبار أو إكراه.
- وعنصر المسؤولية والذي بدوره وصف للالتزام متحرك الحالة، يمثل إمكان الاستيفاء الجبري، لكن دون المس بشخص المدين[1]. وهذه العناصر موزعة في المذهب المادي على ذات المدين وعلى ماله، فشخصه ملتزمة، ولكن المسؤول عن الالتزام هو ماله، فلا يستساغ هنا الحبس أو الإجبار على الوفاء بالدين[٢]. ومعنى هذا أن لاضمان للدائن في استيفاء دينه.

أما الآثار العملية لنشوء المذهب المادي فهي:

- إمكانية انتقال الالتزام من ذمة إلى ذمة. في حين لا يمكن انتقاله في المذهب الشخصي طالما أن منطقه يجعل منه علاقة بين شخصين.
- إمكان تصور أن ينشأ التزام في ذمة مدين قبل تعيين الدائن حيث يكفي أن يوجد عند الحاجة إليه، أي وقت تنفيذ الالتزام. لكن إن كان الالتزام في المذهب الشخصي هو رابطة بين الشخصين فإنه لا يتصور قيام الرابطة إلا بوجودهما عند إنشاء الالتزام في هذا المذهب.[3]

فأي النظريتين توافق اتجاهات الفقه الإسلامي في الالتزام؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بد من النظر في علاقة المدين بالدائن، حيث يلحظ ما يلي:

- كل التزام لا بد فيه من طرفين: الملتزم والملتزم له.

---

[1] سوار ، محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة ، ط٢ ،الشركة الوطنية ، الجزائر ، ١٩٧٩ . ص٢ .
[2] الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ، ص٦٦ .
[3] سوار ، التعبير عن الإرادة ،. ص٢ .

- أقر الفقه الإسلامي حوالة الحق من الدائن إلى سواه، وكذلك حوالة الدين من المدين على سواه[1].
- الملتزم لا بد وأن يوجد و يتعين عند نشأة الالتزام، إذ كيف يمكن تصور التزام ينشأ في ذمة شخص غير معين.
- أقر الفقه الإسلامي إمكان عدم وجود ملتزم له معين عند نشوء الالتزام استثناء، لكن الأصل لزوم وجوده[2]. فقد دل استقصاء الأحكام الفقهية على أن بعض أحوال الالتزام تنشأ لمجهول، حيث يكتفى بتعيينه عند الاستحقاق، ومن هذه الأحوال:
  - تنفيل الإمام[3] في الجهاد بقوله محرضا المجاهدين: من قتل قتيلا فله سلبه. فبعد ذلك كان لمن قتل عدوا سلبه وإن لم يكن ممن سمع تحريض الإمام وقت التنفيل.
  - أجاز الفقهاء لمن فقد شيئا أن يعلن عن جائزة لمن وجده وأتى به، حيث لا يكون الإعلان هنا موجها لأحد بعينه. وهذا العقد هو الجعالة [4].
- لكن مع اقتصار العلاقة في الالتزام على ذمة كل من الدائن والمدين، فإن هذا الالتزام يرافقه مؤيد شرعي لضمان تنفيذ الالتزام، ويتضمن هذا المؤيد الإجبار على التنفيذ بالحبس أو التضييق حتى يقوم المدين بما عليه، فعن عمرو بن الشريدِ عن أبِيهِ عن رسول اللهِ -صلى ا عليه وسلم- قالَ (لَى الْواجِدِ يحِل عِرضه وعقُوبتَه). قالَ ابن الْمباركِ يحِل عِرضه يغَلَظُ لَه وعقُوبتَه يحبس لَه [5]، وهذا المؤيد لا يكون إلا بشروط [6]:
  - أولها : أن تكون سلطة تنفيذه بيد الحاكم وليس بيد الدائن، إلا أنها موقوفة على طلب الدائن.
  - ثانيها : أن تفعيل هذا المؤيد التشريعي لا يكون إلا في حق الدائن الذي ظاهر حاله اليسار والقدرة على الوفاء بالالتزام، فإن كانت ظاهر حاله الإعسار لم

---

[1] الحوالة : عَقْدٌ يَقْتَضِي نَقْلَ دَيْنٍ مِنْ ذِمَّةٍ إلَى ذِمَّةٍ ، وَتُطْلَقُ عَلَى انْتِقَالِهِ مِنْ ذِمَّةٍ إلَى أُخْرَى { مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ } أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج٢، ص٢٣٠

[2] الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ، ص٦٤ وما بعدها .

[3] التنفيل اصطلاحا : " زيادة مال على سهم الغنيمة يشترطه الإمام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة على العدو " الموسوعة الفقهية ج١٤/ص٧٤ .

[4] والجعالة " لُغَةً - اسْمٌ لِمَا يُجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ وَكَذَا الْجُعْلُ وَالْجَعِيلَةُ - وَشَرْعًا - الْتِزَامُ عِوَضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ مَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ وَالْأَصْلُ فِيهَا قَوْله تَعَالَى { وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ }". الأنصاري ، زكريا ، (٩٢٦ هـ) ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠. ج٢،ص٤٣٩

[5] أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، (ت ٢٧٥هـ). سنن أبي داود، ٤م، دار الكتاب العربي.
أخرجه أبو داود عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ النُّفَيْلِيُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ وَبْرِ بْنِ أَبِى دُلَيْلَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم. ج٣،ص٣٤٩،حديث رقم (٣٦٣٠)، كتاب الأقضية،باب في الحبس في الدين وغيره.

[6] الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ، ط٦، مطبعة طربين ، دمشق ، ١٩٦٥ ، ص٦٧ .

يفعل المؤيد بحقه، وإنما وجب إنظاره إلى حين القدرة، عملا بقوله تعالى : {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} [١].

إن هذا المؤيد يكسب العلاقة في الالتزام شيئا من طابع المذهب الشخصي. لكنه لا يودي بها إلى إفراط السلطة الشخصية التي كانت تمنح الدائن سيادة وسلطة على شخص المدين، بل يكتفى في الفقه الإسلامي منها بالقدر الذي يضمن للدائن استيفاء دينه من المدين وليس إلا. وهذا القدر هو ما يقف حائلا دون تفريط المذهب المادي بحق الدائن أو مسؤولية المدين طالما لم تستطع يد القضاء استخراج مال المدين.

إذا فقد كان للفقه الإسلامي كما في كل ميدان طابع فريد وشخصية متزنة يقترب فيها من المادية في طبيعة الالتزام، ويلحظ فيه في ذات الوقت ما في الشخصية من ضمان يوقف كلا عند حدوده فلا يتعدى على غيره وفي ذات الوقت لا يعتدى على حقوقه، فلا إفراط ولا تفريط في الشريعة الإسلامية الحنيفة[٢].

[1] سورة البقرة ،الآية الكريمة ٢٨٠ .
[2] الزرقا ، نظرية الالتزام العامة ، ص٦٧ .

المبحث الثالث

مفهوم القوة الملزمة للعقد في موضوعه

المطلب الأول : تعريف القوة الملزمة للعقد

المطلب الأول : مفهوم القوة الملزمة للعقد ومصدرها

إذا وقع العقد صحيحا نافذا، رتب الشارع عليه آثاره، وآثار العقد هي: "الحقوق والالتزامات والأحكام التي رتبها الشارع على العقد"[١]. وهذه الآثار المترتبة على العقد هي في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالعاقدان بإرادتهما ينشئان العقد، " ولكن الشارع هو الذي منح العقد قوة إنتاج آثاره بعد اتخاذ العاقدين السبب، وهو إبرام التصرف أو العقد على الوجه المشروع"[٢]، فالشريعة هي التي رتبت على العقد أحكامه وآثاره، ولهذا يقول الفقهاء: إن العقود هي أسباب "جعلية شرعية" لآثارها، فالرابطة بين العقد وآثاره باعتبار أن أحدهما مسبب والآخر سبب ليست رابطة آلية طبيعية عقلية، وإنما هي رابطة جعلها الشارع بينهما، حتى لا يبغي بعض الناس على بعض[٣]. فهي لذلك رابطة جعلية لا عقلية.

ثم إن هذه الآثار المترتبة على العقد ليست واحدة في كل عقد، فمنها ما يكون عاما تشترك فيه جميع العقود أو معظمها، ومنها ما يكون خاصا يخص بعضها دون بعضها الآخر بحسب موضوع كل عقد[٤]، بمعنى أن تكون هذه الآثار نوعية تختلف باختلاف طبيعة كل عقد، والأثر الرئيس للعقد اللازم هو ارتباط المتعاقدين معا برابطة لا يمكن لأحدهما الانفكاك منها دون موافقة الآخر[٥]. وهذا الأثر الرئيس هو فحوى نظرية القوة الملزمة للعقد.

---

[1] سراج ، محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة " ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية . ص٢٦٣ .

[2] الدريني ، فتحي . النظريات الفقهية ، ط١،٤م ،جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧ . ص٣٧٦ .

[3] الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤، ص٢٠١ .

[4] الزرقا ، المدخل ، الفصل ٣٨، ص ٤٩٧ .

[5] سوار، محمد وحيد الدين . شرح القانون المدني الأردني / النظرية العامة للالتزام ، دار الكتاب ، ١٩٧٥-١٩٧٦ . ج١ص٢٥٠ .

الفرع الأول: تعريف القوة الملزمة للعقد

إن العقد إذا استكمل أركانه وشرائطه تمتع بالقوة الإلزامية، فكل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته [١].

فالمراد بالقوة الملزمة للعقد " الرابطة الإلزامية التي ينشئها العقد بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة منه "،

ونلاحظ هنا ما يلي :

- أن هذه الرابطة تنحصر بالمتعاقدين فينحصر أثرها فيهما، أو في من كان في حكمهما كما في النيابة والاستخلاف وكما في حالة الورثة والموصى له، والدائن، إلا أن بعض الحالات تستوجب انتقال أثرها إلى غير العاقدين أو من في حكمهما كما في حالة التعهد عن الغير، أو حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا ما يسمى نسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص.
- أنها لا تلزمهما إلا بما تضمن العقد، وهو ما يسمى نسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، فالعقد يلزم العاقدين بما ورد فيه.
- أن الرابطة تنشأ بمجرد الانعقاد وقد يتراخى عنها تنفيذها زمنيا، فالأصل أن يكون العقد منجزا وذلك بأن ينشأ وتتحقق آثاره بمجرد الانعقاد، لكن يستثنى من هذا الأصل بعض الحالات تنشئ فيها إرادتا العاقدين معا عقدا مضافا إلى أجل، أو معلقا على شرط وهو ما يسمى بنسبية القوة الملزمة للعقد من حيث الزمن. [٢]

وستكتفي هذه الدراسة بدراسة القوة الملزمة للعقد من حيث موضوعه.

وقد عبر المشرع الأردني عن قوة الرابطة العقدية في المادة (٨٧) فيما نصه : " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[٣] فإذا صدر الإيجاب وارتبط به القبول نشأ عن هذا الارتباط قوة إلزامية للعاقدين، فكل عقد باشره الإنسان بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته، وحيث تم هذا الارتباط ترتبت عليه نتائجه وآثاره التي يلزم العاقدين بتنفيذها بقوة العقد، ففي مادته (١/١٩٩) نص القانون المدني الأردني على أنه: " يثبت حكم

[1] الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٤ ، ص٢٠٠ .
[2] سوار ، النظرية العامة للالتزام . ج١، ص٢٥٠ -٣٥٠ .
[3] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة ٨٧ ، ص٩٣ .

العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك "[١] . حيث إن حكم العقد هو الغرض الأصلي الذي قصد العاقدان إليه حين قاما بإنشاء العقد، فإذا تم العقد ثبت ذلك الحكم الذي سعت إليه إرادتاهما بمجرد الانعقاد، وتوجب على كل منهما الوفاء بما التزما به، وفقا للعقد.

كما تناول قوة العقد الملزمة للمتعاقدين في المادة (٢٤١) ونصها: "إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون"[٢]. حيث تشير المادة إلى أن على العاقدين الوفاء بما ألتزما به بإرادتهما في العقد إذا تم صحيحا لازما إذ إن العقد الباطل معدوم، والفاسد واجب الرفع؛ وبناء على أن العقد الصحيح يوجب على العاقدين الوفاء به فلا يستقل أحد الطرفين بالرجوع عنه ولا بتعديله ولا بفسخه دون الرضا من الطرف الآخر، أو بمقتضى القانون[٣].

الفرع الثاني : مصدر قوة العقد

إن القصد من إيراد هذه المسألة هو بيان ما يجعل العقود واجبة الوفاء في الفقه الإسلامي. نستعين في بيان ذلك بما أورده ابن تيمية في فتاويه، حيث يقول : " إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقا، إلا ما خصه الدليل، على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم. ..والوفاء بها وجب لإيجاب الشارع إذن، ولإيجاب العقل أيضا"[٤]، ويقول أيضا " الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد[٥]، لأن ا تعالى قال {إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}"[٦].

نخلص مما سبق إلى أن العقد يستمد قوته في الفقه الإسلامي من حكم الشرع و يؤيده العقل؛

---

[1] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة ١/١٩٩ .
[2] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، (م ٢٤١) ، ص٢٤٧ .
[3] المذكرة الإيضاحية للمادة (٢٤١) ، ص٢٤٧.
[4] ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، (ت ٧٢٨ هـ) . مجموع الفتاوى ، ط٣ ،) تحقيق أنور الباز ، عامر الجزار) ، دار الوفاء ، ٢٠٠٥ . ج٢٩ ،ص١٥٤ .
[5] ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ص١٥٥ .
[6] سورة النساء الآية الكريمة(٢٩)

- فمن الشرع قول ا تعالى : {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[١]، وكذا من الآيات الكريمة الأخرى التي جاءت بهذا المعنى[٢]، ومنها قوله تعالى { وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا }[٣].
- ومن حكم العقل ما تتفق عليه العقول من وجوب استقرار المعاملات؛ إذ لو لم يكن للعقد قوته في إلزام العاقدين لكان الناس في حال مستمرة من النزاع والشقاق[٤].

---

[1] سورة المائدة ، الآية الكريمة (١) .
[2] بك ، أحمد إبراهيم . الالتزامات في الشرع الإسلامي ، دار الأنصار ، القاهرة ، ١٩٤٤ ، ص٢١٤ .
[3] سورة الإسراء ، الآية الكريمة (٣٤) .
[4] أحمد بك ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ص٢١٤ .

المطلب الثاني: تعريف موضوع العقد

المقصود بمصطلح موضوع العقد: الغاية النوعية للعقد، وبتعبير آخر هو المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله والذي يكون واحدا في العقود من النوع الواحد، بينما يختلف من نوع عقد إلى آخر. فعقود البيوع نوع من العقود الغاية النوعية منها أو موضوع العقد المقصود منها هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض، وتختلف هذه الغاية في عقود الهبة والتي تكون الغاية النوعية منها نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له بلا عوض[١].

يمكن مما سبق أن نتوصل إلى مفهوم القوة الملزمة للعقد في موضوعه وإذا كان فحوى هذا المفهوم هو أنه " متى حصل الإيجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد"[٢]، وترتب على ذلك قوة ملزمة للعقد في موضوعه أمكننا القول حينئذ أن مفهوم القوة الملزمة للعقد في موضوعه هي :

"ما يترتب من التزامات على الرابطة الإلزامية التي ينشؤها العقد بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ تلك الالتزامات الناشئة منه "

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ثمة اصطلاحات في نظرية العقد يتقارب مفهومها ومفهوم موضوع العقد كاصطلاح حكم العقد مثلا ؛ ذلك أن العاقدين عندما قصدا إلى غاية معينة دفعتهما إلى إنشاء العقد كان هذا القصد هو موضوع العقد أو المقصود الأصلي الذي لأجله سعيا لإنشاء ذلك العقد، فإذا أنشآ العقد رتب الشارع على ذلك العقد أثرا معينا يقره التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه وهو ما يسمى اصطلاحا حكم العقد.

كما يختلف "موضوع العقد" عما يسمى اصطلاحا "محل العقد"؛ فبينما يدل اصطلاح "موضوع العقد" على الأثر الذي أراد العاقدان ترتيبه في العقد كانتقال ملكية المبيع في عقد البيع، فإن اصطلاح "محل العقد" يدلّ على ما يثبت فيه الأثر الذي قصد العاقدان ترتيبه، ويثبت فيه أثر الإيجاب والقبول كذات المبيع في عقد البيع، حيث يقع عليه موضوع العقد، ويثبت فيه حكم العقد[٣].

---

[1] الزرقا ، المدخل ، الفصل ٢٨ ، ص٤٠١ .
[2] الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، ج١، ص٣٢٤ .
[3] الزرقا ، شرح القانون المدني السوري / نظرية الالتزام العامة ، ط١ ، مطبعة دار الحياة ، دمشق ، ١٩٦٤ ، ص٤٠٠ .

الفصل الأول

طبيعة موضوع العقد وأثره في تنفيذ الالتزام

ويتكون من ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تفسير العقد

المبحث الثاني : تحديد نطاق العقد

المبحث الثالث : تنفيذ العقد

المبحث الأول

تفسير العقد وتكييفه

المطلب الأول : مفهوم تفسير العقد

إن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه يثبت أثره في المحل، وما الإيجاب والقبول إلا صيغة للعقد والتي هي ما يصدر عن العاقدين من اللفظ أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة، دلالة منهما على توجه إرادتيهما لإنشاء العقد، وبتعبير آخر فإنهما يترجمان إرادة باطنة كامنة في النفس ليس لها وجود حسي إلى إرادة ظاهرة تعلم كلا الطرفين بهذه الإرادة الباطنة، و" صيغة العقد " عند فقهائنا هي ما يسمى عند القانونيين "التعبير عن الإرادة".[١]

واستخلاص الإرادة المشتركة للعاقدين هو ما يقصد إليه تفسير العقد، وهذا لا يكون إلا بظهورها وجلائها بالاعتماد على العبارة المعبرة عنها والواردة في صيغة العقد.[٢]

إذا فتفسير العقد هو " **<u>التعرف على مراد العاقدين المشترك من خلال العبارات المستعملة في التعبير عن الإرادة</u>** ".[٣]

أما أهميته فتكمن في أن تفسير العقد تتوقف عليه معرفة ما إذا كانت إرادت العاقد الأول متطابقة مع إرادة العاقد الثاني وبالتالي ينعقد العقد، وما إذا كانت إرادتاهما الباطنتان متوافقتين مع إرادتيهما الظاهرتين وبالتالي يصح العقد، ثم إلى أي مدى ذهبت هاتان الإرادتان المتطابقتان الصحيحتان وبالتالي تتحدد آثار العقد.[٤] إذا فتفسير العقد ليست بالخطوة المؤثرة فحسب بل إنها حاسمة في كل ما بعدها. فتفسير العقد يقود إلى تحديد ما يلزم العاقدين بالعقد، وحيث إن العقد يلزم العاقدين بما ورد فيه فإن تفسير العقد هو ما يوضح تلك الالتزامات والحقوق التي أنشأتها إرادة العاقدين وترجمتها الألفاظ، وحينذاك لا يلزم العاقدان إلا بما التزماه من خلال هذه الألفاظ.

وفي القانون المدني الأردني نجد المادة (٢١٣) تشير إلى أهمية تفسير العقد حيث أنه لا بد من معرفة ما التزمه المتعاقدان في عقدهما وبالتالي إلزامهما بآثار العقد وذلك فيما نصه: "الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد".[٥]

---

[1] الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، ص٩٤ .
[2] السنهوري ، عبد الرزاق .مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث ، جامعة الدول العربية / معهد الدراسات العربية العالمية ، ١٩٥٩ . ص٢٨ .
[3] الزرقا ، شرح القانون السوري ، ص٣٢٤ .
[4] مقابلة ، علاء الدين محمد (٢٠٠٤) . تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت / كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، الأردن . ص١ .
[5] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، (المادة ٢١٣) ، ص٢٤١ .

ولا بد لذلك من أن تكون العلاقة بين إرادة العاقد وما يستخدم من ألفاظ للتعبير عنها واضحة. فقد تكون العلاقة بينهما تطابقا وهذا هو الأصل في العلاقة بينهما، بأن يعبر المتعاقدان تعبيرا صحيحا عما يدور في أعماق نفسيهما باستخدام النص في التعبير بحيث تفهم المقاصد من المعاني الظاهرة للعبارات المستخدمة، دون الحاجة إلى التأويل والترجيح بين المعاني. لكن هذا الأصل كثيرا ما ترد عليه الاستثناءات، وذلك ما يكون في حالات عدم التطابق بين الإرادة والتعبي، باستخدام عبارات لا تعبر عن المقصود، أو لا تتوافر فيها الدقة اللازمة، ويكون بأن يظهر التناقض غالبا عند تنفيذ العقد حيث المحك، ويبرز عندئذ التضارب بين التعبير والإرادة[١].

مما سبق يتبين أنه ثمة قضية أساسية ينبني عليها البحث في تفسير العقد، ألا وهي: ما علاقة القصد باللفظ، أو ما علاقة الإرادة بالتعبير في الفقه الإسلامي؟ إن الإجابة عن هذه الأسئلة يقتضي منا دراسة القواعد الفقهية ذات العلاقة بالنية والقصد والتعبير وبهذا نستطيع ضبط مسار البحث في تفسير العقد في الفقه الإسلامي.

[1] فودة ، عبد الحكم ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ . ص١٩ .

المطلب الثاني : الفقه الإسلامي بين الإرادتين الظاهرة والباطنة

الفرع الأول : تعريف بنظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة

لا بد أولا من بيان للمقصود من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فأما الإرادة الباطنة فهي "ما تتفق عليه النية ويعزم عليه القلب"[١]، وأما الإرادة الظاهرة فهي: "ما يعبر به اللسان - أو ما يقوم مقامه -".[٢] وهذه الألفاظ ليست مجرد اصطلاحات، بل هي نظريتان كبيرتان ذواتا أثر وتبعات في نظرية العقد في القوانين الغربية والعربية، كما ونجد للفقه الإسلامي موقفا منها كما سيتبين لنا في هذا المطلب.

أما مؤدى نظرية الإرادة الباطنة فهو أنه يجب البحث عن نية العاقد الحقيقية التي اتجهت إلى إحداث الأثر القانوني، لتحديد مدى ما التزمه في التعاقد، وما التعبير إلا مجرد قرينة إن كشفت عن النية الحقيقية فتعتبر وإلا فالعبرة بالنية الباطنة وحدها، فالأثر القانوني ناتج عن الإرادة ذاتها وما التعبير إلا دليل عليها.[٣]

ومؤدى نظرية الإرادة الظاهرة أن ما ينظر إليه في الاعتبار هو الإرادة الظاهرة التي تظهر إلى العالم الخارجي حيث التعبير هو شئ مادي محسوس، يمكن الإحاطة به، وهذا ما يمكن أن ينتج أثرا قانونيا وليست الإرادة الكامنة في النفس التي يتطلب العلم بها البحث فيما انطوت عليه هذه النفس؛ فترتيب الأحكام يكون على التعبير عن الإرادة لا على الإرادة ذاتها. ويجد أنصار هذا المذهب فيه القدرة على إدراك الإرادة من خلال التعبير مما يقود إلى الاطمئنان في المعاملات والعقود بين الناس وبالتالي استقرارها وعدم اضطرابها، حيث يركن العاقدان إلى التعبير الصادر عن كل منهما، دون الخوف من عدم تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية أومن كون ما أراده أي منهما حقيقة مختلف عما أظهراه في تعبيريهما.

لكن أيا من النظريتين لا تهمل الأخرى إهمالا تاما، ففي حين ينظر أنصار الإرادة الباطنة إلى الإرادة الظاهرة على أنها دليل على الإرادة الباطنة، يشترط أنصار الإرادة الظاهرة وجود إرادة باطنة خلف المظهر الخارجي.[٤]

---

[1] أحمد إبراهيم بك ، الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ص٧٦ .

[2] أحمد بك ، الالتزامات ، ص٧٦ .

[3] الحكيم ،عبد المجيد ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي ، والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية ، الشركة الجديدة ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص١٤٥ .

[4] الحكيم ، الكافي ، ص١٤٥وما بعدها .

يقول أ. عبد المجيد الحكيم شارحا لذلك : " ولكن هذه الإرادة - الإرادة الباطنة عند أنصار الإرادة الظاهرة – تقتصر على إرادة التعبير لا إرادة الأثر القانوني ، بمعنى أن الشخص الذي تصدر عه عبارة أو فعل معين ...، من شأنه أن ينتج أثرا قانونيا ، هذا الشخص يجب أن يفعل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادي الذي يقوم به ، فإذا كان القانون لا يرتب أثرا على إرادته فلا عبرة بالمظهر الذي يتخذه في التعبير عن هذه الإرادة ، مثال ذلك الطفل والمجنون ، فهما لا يتمتعان بإرادة تلزمهما قانونا ، لذلك لا يصح أن يقال أنهما ارادا إيجاد هذا المظهر .

وعلى الرغم من الفارق الكبير بين النظريتين نظريا، إلا أن الأهمية العملية لهذا الفارق لا تظهر إلا في حالة وجود الدليل على أن الإرادة الظاهرة قد اختلفت عن الإرادة الباطنة، وهو صعب نادر؛ إذ إن المظهر الخارجي هو ما ينتج الأثر في النهاية في كلتا النظريتين؛ ففي نظرية الإرادة الظاهرة ينظر إلى التعبير أو المظهر الخارجي للإرادة وترتب الأحكام عليه. وأما في الإرادة الباطنة فإنه إذا ادعى أحد المتعاقدين أن إرادته الظاهرة خالفت إرادته الباطنة مما يتسبب في إبطال العقد، وبالتالي إحداث ضرر بالمتعاقد الآخر الذي اطمأن إلى المظهر الخارجي الذي أتى به المدعي، فعندئذ يقع على المدعي عبء التعويض عما أحدث من ضرر، وما ذلك إلا اعتبار بالتعبير من ناحية عملية، وفي هذا تقارب واضح بين النظريتين عمليا.[١]

الفرع الثاني : موقف الفقه الإسلامي من النظريتين

أما موقف الفقه الإسلامي من النظريتين فباستقراء آراء المعاصرين نجد الآراء منقسمة إلى آراء ثلاثة؛

- رأي يرى انحياز الفقه الإسلامي إلى الإرادة الظاهرة دون الباطنة.
- ورأي يرى انحياز الفقه الإسلامي إلى الإرادة الباطنة دون الظاهرة في الاعتبار.
- ورأي يرى عدم تغليب الفقه الإسلامي أيا من النظريتين على الأخرى في الاعتبار.

الرأي الأول: أبرز من قال به الأستاذ السنهوري، ففي كتابه مصادر الحق يقول: "العبرة في تفسير العقد في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة". حيث يرى وجوب أن تستخلص الإرادة من العبارات التي استعملت في العقد ويتوقف عند ذلك، دون الانحراف عنها إلى المعاني الكامنة في النفس، وتعليل ذلك هو أن في هذا المبدأ استقرار التعامل، وتحقيق الثقة بين المتعاقدين، من خلال اطمئنان كل منهما إلى ما ظهر من الآخر من خلال عباراته التي أظهرت إرادته.[٢] ومن ذلك قاعدة العبرة في العقود للألفاظ والمباني لا للمقاصد والمعاني؛ فهي الأصل إلى أن يثبت بالقرائن أن الإرادة الباطنة مخالفة للإرادة الظاهرة فنعمل حينئذ بقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولكن أنصار الإرادة الظاهرة يقفون عد هذا الحد ، فلا يشترطون – كما يشترط أنصار الإرادة الباطنة – أن يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجي ، وأراد أن يصدر عنه ، قد انصرفت إرادته الداخلية أيضا إلى إحداث الأثر القانوني الذي يكون من شأن هذا المظهر أن يحدثه " . ص١٤٥ وما بعدها .

[1] الحكيم ، الكافي ، ص١٤٨ .

[2] السنهوري ، مصادر الحق ، ص٢٩ .

الرأي الثاني : وأبرز من قال به الدكتور صبحي المحمصاني حيث يرى أن الأصل في الفقه الإسلامي تحري النية والقصد الحقيقي، فإن تعارضت النية مع الظاهر يحكم بمقتضى النية ما أمكن معرفتها، وهو ما يظهر من قاعدتي "الأمور بمقاصدها، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني". وإنما يعمل بالظاهر إذا تعلق بالظاهر حق للغير، أو تعذرت معرفة النية [١].

واستشهد لرأيه بما ورد من عبارات لابن القيم تفيد هذا المعنى من مثل: "إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ. فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها. فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه"[٢]. ومن مثل: "فالنية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها، يصح بصحتها، ويفسد بفسادها"[٣]، وأيضا قوله: "وباللفظ والمعنى جميعا يتم الحكم، فكل منهما جزء السبب، وهما مجموعة، وإن كانت العبرة في الحقيقة بالمعنى، واللفظ دليل ".[٤]

الرأي الثالث: رأي الأستاذ عبد المجيد الحكيم، حيث يقول في كتابه الكافي ما مفاده أن الفقه الإسلامي يأخذ بالإرادتين دون تغليب إحداهما على الأخرى، وهذا ظاهر من التعريف الغالب للعقد في الفقه الإسلامي بكونه: (ارتباط الإيجاب بالقبول. ..) والإيجاب والقبول يمثلان المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الحقيقية، وهذا يعني النظر إلى الإرادة الظاهرة. لكن ماذا لو لم تعبر الألفاظ عن إرادتيهما الحقيقية؟ إن التعبير هو أداة لإظهار الإرادة الحقيقية فإذا لم يعمل عمله في الدلالة عليها فلا اعتبار له بل الاعتبار هنا للقصد الحقيقي من التصرف، وهذا هو مقتضى قاعدة" العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" وهو أيضا مقتضى قاعدة "الأصل في الكلام الحقيقة" حيث الاعتبار في الألفاظ لمعانيها الحقيقية الظاهرة، فلا يصار إلى المعاني المجازية – التي تمثل الرجوع إلى الإرادة الباطنة – ما أمكن العمل بالمعاني الظاهرة.[5]

---

[1] محمصاني ، صبحي ، فلسفة التشريع في الإسلام ، ط٤ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص٣١٥ .
[2] ابن القيم ، شمس الدين محمد بن أبي بكر ، (٧٥١هـ) . اعلام الموقعين عن رب العالمين ،٤م ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٧٣ . ج٣، ص٩٤ .
[3] ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٣، ص١١١ .
[4] ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج٣، ص١٢٠ .
[5] الحكيم ، الكافي ، ص١٥٠ .

الرأي الذي اعتمده الباحث :

يرى الباحث أن أولى الآراء بالتبني هو ما ذكره الأستاذ وحيد الدين سوار في كتابه "التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي". حيث فصل الكلام تفصيلا دقيقا مفيدا؛ فوضع أولا المسلمات التي وجدها مستقرة في الفقه الإسلامي والتي تشير إلى أولوية الإرادة الظاهرة في الاعتبار عند الفقهاء، ثم أورد علامات على عدم إهمال الإرادة الباطنة نظرا لما يشكل اعتبارها من أهمية في الفقه الإسلامي، وهذه خلاصة قوله فيما يلي:

أولا : أدلة اعتبار الفقه الإسلامي للإرادة الظاهرة اعتبارا غالبا:

- ما تفيده عبارات الفقهاء في تعريفهم للعقد من أنه ارتباط بين تعبيرين لا ارتباط إرادتين وبالتالي فإن النزعة السائدة فيه هي النزعة الموضوعية لا الذاتية.
- ضرورة إظهار الإرادة صراحة أو ضمنا كشرط لإنتاج حكمها الشرعي، عند جمهور الفقهاء[1].
- اهتمام الفقهاء باللفظ اهتماما بالغا إلى الحد الذي جعل بعضهم يقرر جوهرية اللفظ في التصرف دون الرضا كما عند المانعين للمعاطاة.
- ما تقرر في أصول الفقه الإسلامي من دوران الحكم مع المظنة دون المئنة، وتطبيق ذلك في نظرية التعبير الصريح الذي يستقل في توليد الأثر الشرعي اعتبارا للفظة دون النية، ثقة بالعنصر المادي وارتيابا بالمعنوي.

ثانيا : أدلة عدم إهمال الإرادة الباطنة**؛** بحيث تمتزجان في أحكام الفقه الإسلامي بما يحقق التوازن بين غاية تحقيق الاستقرار والعدالة:

- تمييز الأحكام إلى أحكام قضائية وأحكام دينية، وهو ما يميز الفقه الإسلامي باعتباره تشريعا دينيا لا وضعيا، ففي الواقعة الواحدة ينظر إلى المظهر الخارجي المادي باعتباره محل النظر القضائي، في حين ينظر إلى الإرادة الحقيقية أو النية المقترنة بالواقعة باعتبارها مناط العقاب والثواب، كقولهم يصح قضاء ولا يصح ديانة أو العكس.

[1] وهذا اعتمادا على الحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " إن الله تجاوز لي عن أمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم " . رواه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران .. ، حديث رقم ٤٩٦٨ ، ج٥، ص٢٠٢٠. خلافا لقول في المذهب المالكي فحواه أن النية قادرة على إنشاء أثر شرعي في بعض التصرفات ، وإن كانت عارية عن مظهر خارجي ، احتراما للإدة الباطنة . سوار ، التعبيرعن الإرادة ص٤٦٤ وما بعدها .

- عدم إجماع الفقهاء على أن المظنة هي قرينة قاطعة، حيث يرى بعضهم عدم قطعيتها.
- الحيز الواسع لنظرية التعبير الكنائي في الفقه الإسلامي والتي مؤداها الاعتداد بالنية والإرادة الباطنة.
- الشروط التي وضعها الفقهاء لاعتبار التعبير الصريح، من كونه معتبرا عرفا، وإفادته معنى وحيدا منحصرا، ومتبادرا إلى الذهن، وعدم اقترانه بقرينة صارفة عن معناه، والتي تجعل اعتبار التعبير دون المعنى أمرا عادلا خاليا عن التحكم.
- الاعتداد بالتفرقة بين إرادة التعبير (الاختيار) وإرادة الأثر (الرضا)، وبالتالي إبطال التصرفات الصادرة عن عديمي الأهلية، مما يدل على استعداد الفقه لاعتبار العنصر النفسي المعنوي في حالات معينة، وعدم التحكم.
- معالجة حالات الخلاف بين التعبير والإرادة كلا على حدة بشروط معينة لكل حالة[١].

و فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني، فإن المذكرة الإيضاحية للقانون تحوي من النصوص ما يؤكد انحيازه لنظرية الإرادة الظاهرة متأثرا في ذلك بالفقه الإسلامي وقواعده في التفسير، ومن هذه النصوص: " ترتكز نظرية العمل القانوني في هذا القانون على الإرادة الظاهرة، أي على التعبير عن الإرادة، لا على الباطنة، فالعقد لا يتم بمجرد توافق الإرادتين، ولكن عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين "[٢].

---

[1] وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة ، ص٤٦٤-٤٦٨ ، هذا وسيأتي شرح النقطة الأخيرة عند الحديث عن سلطان الإرادة العقدية بإذن المولى .
[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص٩٥ .

المطلب الثالث : تكييف العقد وتفسير العقد.

الفرع الأول :مفهوم تكييف العقد.

نجد في شروح القوانين تعريفا لتكييف العقد على أنه :

"إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح والتصنيف الفقهي الدقيق من حيث ماهيته وحقيقته لغرض تحديد القواعد القانونية التي تحكمه وتنطبق عليه".[١]

فقد ينص المتعاقدان على تسمية العقد باسم معين ونوع معين، وقد لا يذكران شيئا. وهنا يتكلف القاضي الكشف عن حقيقة العقد.[٢] وهذا يكون في ضوء ما يسفر عنه تفسير الإرادة المشتركة للعاقدين من خلال تفسير العبارات الواضحة أو الغامضة، وبالنظر إلى الظروف التي أحاطت بنشوء العقد، وصولا إلى إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح له.[٣]

وهذا ينطبق تماما على ما نجده في الفقه الإسلامي إذ العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة العقد الذي أبرمه العاقدان لا بالاسم الذي أطلقاه عليه عملا بالقاعدة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".[٤]

ويمكن تعريف تكييف العقد في الفقه الإسلامي على غرار تعريفه في القانون على النحو التالي:

إعطاء العقد الوصف الشرعي الصحيح له والتصنيف الفقهي الدقيق له من حيث ماهيته وحقيقته لغرض تحديد القواعد الفقهية التي تحكمه وتنطبق عليه.

وتكييف العقد مرتبط بتفسير العقد، فدور تفسير العقد هو التوصل إلى إرادة العاقدين، والتكييف لا يكون إلا بعد تحديد الإرادة المشتركة للعاقدين في انعقاد العقد، إذ إنه بعد تحديدها يعطى العقد الوصف الصحيح، فيتضح للعاقدين العلاقة التي يرتبطان بها حقيقة.

---

[1] الجبوري ، ياسين محمد ،المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١ ص٢٣٨ .
[2] أبو البصل ، عبد الناصر موسى (١٩٩٩) . دراسات في فقه القانون المدني الأردني (النظرية العامة للعقد)، ط١، دار النفائس ، عمان. ص٢٨١ .
[3] الجبوري ، المصدر نفسه ، ص٢٣٩ .
[4] أبو البصل ، المصدر نفسه ، ص٢٨١ .

الفرع الثاني: القواعد المعتبرة في تكييف العقد

إن تكييف العقد عملية مرتبطة ارتباطا مباشرا بعملية تفسير العقد، وبناء عليه فإن قواعد تفسير العقد مرتبطة أيضا ارتباطا مباشرا بتكييف العقد. إذ إن نقطة البداية في تكييف العقد هي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومن ثَمّ فإن أهم قاعدة في تكييف العقد هي قاعدة: "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ".[١] فالعقد في الفقه الإسلامي ينعقد مهما كان اللفظ المستعمل، ما دام يؤدي الغرض المقصود من التصرف، إلا أن بعض الفقهاء خرجوا عن هذه القاعدة في أنواع محصورة من العقود كعقد النكاح حيث خصصوا لها ألفاظا لا يعتبر العقد منعقدا بلفظ آخر غيرها وإن كان مؤديا للمعنى الذي أراده العاقد كالزواج بلفظ الهبة. لكن ما يجري على بقية العقود عندهم كما عند غيرهم هو أن العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة ما عناه المتعاقدان[٢]، فإذا قال شخص لآخر: وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة دينار كان هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع، فإذا كان المبيع عقارا مثلا جرت فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع[٣].

---

[1] علاء الدين مقابلة ، تفسير العقد ، ص٢٨ وما بعدها .
[2] سوار ، محمد وحيد الدين ، الشكل في الفقه الإسلامي ، معهد الإدارة العامة ، ط١ ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٥ ، ص٣٧ .
[3] حيدر ، علي حيدر ، شرح المجلة ، تعريب المحامي فهمي السيني ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣. ج١ ، ص٢١ .

المطلب الرابع : القواعد الفقهية المنظمة لتفسير العقد في الفقه الإسلامي

يمكن نظم القواعد الفقهية التي ضبطت تفسير العقد من خلال القواعد التي نظّمت العلاقة بين القصد واللفظ كما في القواعد التالية[١]:

أولا : قاعدة " الأمور بمقاصدها ":

الأمور جمع أمر وهو لفظ عام في الأقوال والأفعال، والكلام على تقدير مقتضى، بمعنى: أحكام الأمور بمقاصدها، ذلك أن علم الفقه معني بأحكام الأمور لا بذواتها[٢]. وتعني القاعدة: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر، وهذا يقترب من قاعدة "إنما الأعمال بالنيات"[٣]. فالمعتبر في التصرفات الفعلية والقولية المقصد والنية منها لا ذات الأفعال والأقوال، فمن قال لآخر: خذ هذه الدراهم، وقد نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضا واجب الإعادة.[٤]

فمقتضى قاعدة الأمور بمقاصدها أن الأحكام في الفقه الإسلامي تبنى على النيات والمقاصد. لكن بالنظر إلى كون القصد أمرا خفيا باطنا، ليس ظاهرا بذاته، كان لا بد من إقامة ما يدل عليه، فأقام الشارع الألفاظ والقرائن مقامه.[٥]

وفي نص القاعدة "الأمور بمقاصدها" اقتران الفعل بالقصد وعليه فإنه لا يترتب على النية أحكام شرعية ما لم تقترن بفعل ظاهري فلو أخذ المودع الوديعة بقصد الاستهلاك، ثم أرجعها إلى موضعها ولم يستهلكها وتلفت بلا تعد أو تقصير فإنه لا يضمن.[٦]

لكن ما مدى عمل هذه القاعدة في العقود؟ أستعين للإجابة عن هذا بكلام الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر في سياق الحديث عما يرجع إلى هذه القاعدة من أبواب الفقه، حيث يقول الإمام: "وهذا ذكر ما يرجع إليه من الأبواب إجمالا من ذلك ربع العبادات بكماله كالوضوء والغسل، . ... والوصية والنكاح وسائر القرب، . ... وإقامة الحدود وكل ما يتعاطاه الحكام. ...، ومما تدخل فيه من العقود ونحوها كنايات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء

---

[1] أبو السعود ، سوزان عبد الحميد (٢٠٠٥/٢٠٠٦) ، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة " ،رسالة ماجستير ، جامعة آل البيت / كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، الأردن . ص٢٣وما بعدها .

[2] الزرقا ، أحمد بن الشيخ محمد ، (ت١٩٣٨) . شرح القواعد الفقهية ، ط٢ ، ١م ، (تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى د. عبد الستار أبو غدة) ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩. ص٤٧ .

[3] باز ، سليم رستم باز ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص١٧ .

[4] الزرقا ، المدخل ، ص٤٠٧ .

[5] الباحسين ، يعقوب بن عبد الوهاب ، (ت ١٤١٨ هـ) . قاعدة الامور بمقاصدها " دراسة نظرية تأصيلية " ، مكتبة الرشد ، الرياض . ص١٣٢ .

[6] علي حيدر ، درر الحكام ،ج١، ص١٩.

والحوالة والإقالة والوكالة وتفويض القضاء والإقرار والإجارة والوصية والعتق والتدبير والكتابة والطلاق والخلع والرجعة و الإيلاء والظهار والأيمان والقذف والأمان ويدخل أيضا فيها في غير الكنايات في مسائل شتى كقصد لفظ الصريح لمعناه ونية المعقود عليه في المبيع والثمن وعوض الخلع والمنكوحة ويدخل في بيع المال الربوي ونحوه وفي النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل.."[١].

يستخلص من قول الإمام أن للفظ مع النية أحوالاً، فإما:

- أن يكون اللفظ صريحا، فإنه في هذه الحال لا يحتاج إلى نية لأن النية هنا تمثلت بالفعل - أو القول - فلو قال بعتك مالي هذا بصيغة الماضي - الصريحة في البيع - صح البيع فالقول الصريح كاف لترتب الحكم.
- أن يكون اللفظ غير صريح، فهنا تؤثر النية أو القصد على حكم اللفظ، فيختلف باختلاف القصد، فإن قال: "أبيعك" بصيغة المضارع - وهو ليس باللفظ الصريح في البيع – قاصدا به الحال انعقد البيع، فإن قصد به الاستقبال لم ينعقد.[٢] وتعتبر النية إذا كان اللفظ يحتملها، وإلا فلا تعتبر.[٣]

فالمعاوضات والتمليكات المالية عند إطلاقها تفيد حكمها وأثرها المترتب عليها من تمليك وتملك، ما لم يقترن بها ما يقصد به إخراجها عن إفادة ما وضعت له، فإذا اقترن بها ما كانت هذه صفته، كالهزل[٤] والتلجئة[5] فإنه يسلبها إفادة حكمها الذي وضعت لتفيد ترتبه.[٦]

ثانيا : قاعدة " الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية"[٧]:

وهذه القاعدة تمثل قيدا وضابطا لقاعدة الأمور بمقاصدها.[٨] ومعنى القاعدة يتلخص في أن النية بلا شك مؤثرة في أحكام الأمور الأخروية، أما في أحكام الأمور الدنيوية التي مبناها على الظاهر من الأفعال فإن النية - التي محلها باطن في القلب - لا تؤثر فيها ما دامت لم تقترن

---

1 السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن ، (ت ٩١١ هـ) . الأشباه والنظائر ، ١م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ . ص١٠

2 علي حيدر ، المصدر نفسه ، ص٢٠

3 القاضي ، منير القاضي ، شرح المجلة ، وزارة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ج١ ، ص٥٥ .

4 والهزل كما عرفه الجرجاني: هو "أن لا يراد باللفظ معناه لا الحقيقي ولا المجازي وهو ضد الجد". ج١، ص٣٢٠.

5 عرف الجرجاني بيع التلجئة بقوله: "هو العقد الذي يباشره الإنسان عن ضرورة ويصير كالمدفوع إليه وصورته أن يقول الرجل لغيره أبيع داري منك بكذا في الظاهر ولا يكون بيعا في الحقيقة ويشهد على ذلك وهو نوع من الهزل" . ج١، ص٦٩.

6 الزحيلي ، محمد مصطفى(٢٠٠٦) . القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، ط١، دار الفكر ، دمشق . ج١، ٦٥ .

7 البورنو ، محمد صدقي بن أحمد ، أبو الحارث الغزي ،(١٩٩٧) ، موسوعة القواعد الفقهية ، ط١، ٣م ، مكتبة التوبة ، الرياض. ج١ ، ص١٥٨ .

8 شبير ، محمد عثمان شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ص ١٢٥. يعقوب الباحسين ،قاعدة الأمور بمقاصدها ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٩ ، ص١٧٧ .

بعمل يترجمها إلى فعل ظاهر.[١] فلو أخذ المودع الوديعة يقصد استهلاكها، ثم أرجعها إلى موضعها، فتلفت بلا تعد ولا تقصير فإنه لا يضمن.[٢]

ثالثا: قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " :

وقد وردت القاعدة بألفاظ أخرى، فوردت في قواعد الحصني[٣] بلفظ "إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في عقد آخر هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟"[٤] كما وردت في ذات الكتاب بلفظ: "الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها؟"[5] وفي أشباه السيوطي وكذا المنثور للزركشي وردت القاعدة بلفظ " هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ ".[٦]

وهذه القاعدة بالنسبة للقاعدة الكلية "الأمور بمقاصدها" جزئي من كلي، فقاعدة الأمور بمقاصدها قاعدة عامة في كل الأمور، وهذه خاصة بالعقود.[٧] فإذا كانت أحكام الأمور كلها يعتبر فيها القصود والنوايا، فإن العقود هي من جملة الأمور التي تعتبر فيها القصود[٨]، ويقصد بالمقاصد والمعاني هنا:

أ. ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي توجد في عقد، حيث تكسبه حكم عقد آخر كما في انعقاد الكفالة بلفظ الحوالة إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالبة.

ب. ما يشمل المقاصد العرفية المرادة للناس في اصطلاح تخاطبهم، حيث تعتبر في تعيين جهة العقود، ومن ذلك انعقاد بعض العقود بألفاظ غير الألفاظ الموضوعة لها مما يفيد معناها عرفا، كانعقاد البيع بلفظ الأخذ، وانعقاد شراء الثمار على الأشجار بلفظ "الضمان" في عرفنا الحاضر.[٩]

ومعنى القاعدة أن الألفاظ ما هي إلا قوالب المعاني، فترتيب الأحكام على العقود يعتبر فيه المعاني التي قصدها العاقدان من العقد، لا مطلق المعاني التي تحتملها ألفاظ صيغة العقد، طالما لم يكن الجمع بين مطلق اللفظ والمقصود الأصلي للعاقدين من اللفظ – الصيغة - ممكنا. وما يفسر الصيغة ويظهر قصد العاقدين منها هو ما يلحق بها من عبارات أو من قرائن الحال.

---

[1] البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج١ ، ص١٥٨ .
[2] علي حيدر ، شرح المجلة ، ص ١٩ .
[3] الحصني، أوبكر بن محمد بن عبدالمؤمن ،تقي الدين ،(٨٢٩ هـ) . كتاب القواعد،ط٤، ١م،(تحقيق د.عبد الرحمن الشعلان) مكتبة الرشد، الرياض، ١٩٩٧.
[4] الحصني، المصدر نفسه، ج١،ص٤٠١.
[5] الحصني، المصدر نفسه، ج١،ص٤١٧
[6] البورنو ، المصدر نفسه ،ج١ ، ص٢٥٠ .
[7] أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٥٥ .
[8] البورنو ، المصدر نفسه ، ج١، ص ٢٥٠ .
[9] أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٥٥-٥٦ .

- إذاً فالأصل هو النظر إلى اللفظ وعدم إهماله لأن الألفاظ كما سبق قوالب المعاني.[١] فمن القواعد الفقهية الأخرى أن "الأصل في الكلام الحقيقة" فالأصل الالتزام بالمعنى الحقيقي للفظ وعدم تجاوزه إلى المعنى – كما سيأتي بيانه لاحقا -.
- كما أن من القواعد الأخرى أنه "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح". فإذا تعارض المفهوم صراحة مع المفهوم ضمنا، قدم الأول. وسترد القاعدة لاحقا ويتم بيانها بإذن ا .
- ومن القواعد الفقهية أيضا القاعدة التي سيأتي بيانها لاحقا، أن "دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه"[٢]، حيث يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه.[٣]

فإذا ظهرت عبارات تلحق الصيغة، أو قرائن تدل على أن قصد العاقدين ليس مطلق اللفظ عندها يرجح جانب المعاني على اللفظ على أن تكون هناك مناسبة بين اللفظ والمعنى المقصود.[٤]

وقد وردت هذه القاعدة بالصيغة ذاتها في القانون المدني الأردني، ففي المادة (١/٢١٤) منه ما نصه: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني".[5] وهنا قد توحي هذه القاعدة بأن العبرة في التشريع الأردني هي بالإرادة الباطنة، إلا أن أخذه بهذه المادة يقصد منه أن ما يعتد به هو المقاصد والمعاني التي تستخلص من العبارات والصيغ المستعملة، أو من دلائل موضوعية وعلامات مادية، فلا تجاوز هذا البحث الموضوعي إلى بحث ذاتي، تستشف به الضمير، وتستكشف به النفس.[٦]

وقد وردت في القانون المدني الأردني قواعد تساند هذا المعنى هي :

١- الأصل في الكلام الحقيقة.
٢- لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح.
٣- دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.[٧]

---

[1] منير القاضي ،شرح المجلة ، ج١ ، ص٥٦ .
[2] السنهوري ، مصادر الحق ، ص٣٤ .
[3] سليم باز ، شرح المجلة ،ج١،ص٤٨ . علي حيدر ، درر الحكام ، ج١،ص٦٨ .
[4] منير القاضي ، شرح المجلة ، ج١ ، ص ٥٦ .
[5] المذكرة الإيضاحية ، المادة (١/٢١٤) ، ص٢٤١ .
[6] المذكرات الإيضاحية ، ص٢٤٥ .
[7] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص٢٤٥ .

رابعا : قاعدة " لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح ".

الدلالة: "هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم بها العلم بشيء آخر".[١] إن اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظا صريحا. تعريف الصريح عند علماء أصول الفقه: "ما كان المراد منه ظاهرا ظهورا بينا وتاما ومعتادا".[٢] و التصريح أقوى من الدلالة[٣]، ويترتب على ذلك كون الدلالة دون التصريح في الإفادة [٤]، فإذا وجدت الدلالة ووجد التصريح، اعتبر التصريح دون الدلالة لأن التصريح أقوى، وتترك الدلالة لأنها أضعف من التصريح.

من الفروع على القاعدة :

- أنه لو عقدا عقد هبة مال، كان ذلك دلالة على الإذن بقبض المال، فإن صدر نهي عن القبض صراحة قبل أن يقبضه، اعتبر التصريح وتركت الدلالة، وبطلت الهبة.[٥]
- في بيع التعاطي، لو وضع الثمن، وأَخَذَ السلعة، وذهب بها، وصاح البائع: "لا أعطيها بهذا الثمن"، وكان معلوما بالدلالة أنه لم يقصد عدم رضاه بالثمن وإنما تطييب قلب المشتري، لا ينعقد البيع.[٦]

خامسا : قاعدة : " دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه "

ومعنى القاعدة أن ما كان خفيا باطنا لا يظهر للعيان ولا يمكن الإطلاع عليه، فإنه يستدل بسببه الظاهري على وجوده، لأن الأمور الباطنة لا يمكن لإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية [٧]، فلا تعرف الأمور التي هذا حالها إلا بتصريح صاحبها بها، وإلا فإنه يعتبر قائما مقامها ما دل على وجودها من أدلة.[٨] "والظاهر أن المراد بالدليل هنا العلامة، لا ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، لأن ذلك ليس من الظاهر بل من القطعي الذي لا يتخلف".[٩] ومن التطبيقات على القاعدة في العقود:[١٠]

أ. أن المشتري إذا اطلع على عيب قديم في المبيع، فداواه أو عرضه للبيع كان ذلك رضا منه بالعيب.

---

[1] الجرجاني ، علي بن محمد ، (ت ٨١٦ هـ) ط١،م١ ، (تحقيق ابراهيم الأبياري) دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ .باب الدال ، ج١، ص١٣٩ .
[2] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٣١ .
[3] علي حيدر ، المصدر نفسه ، ج١ ، ص٣١ .
[4] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص١٤١ .
[5] علي حيدر ، المصدر نفسه ، ج١ ، ص٣٢ .
[6] أحمد الزرقا ، المصدر نفسه ، ص ١٤٣ .
[7] باز ، سليم رستم ، شرح المجلة ، (د. ط ، مكتبة الجامعة الأردنية) ص٤٨. علي حيدر ، درر الحكام ، ص٦٨ . البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ،ص٣٥٦ .
[8] محمد بورنو ، موسوعة القواعد ، ص ٣٥٦ .
[9] أحمد الزرقا ، المصدر ، نفسه ، ص٣٤٥ .
[10] أحمد الزرقا ، المصدر نفسه ، ص ٣٤٥ .

ب. أنه إذا أوجب أحد المتعاقدين، فتشاغل الآخر بما يدل على الإعراض بطل الإيجاب.

إذن؛ فالأصل هو الاعتداد بالمقاصد والمعاني في العقود، ونجد أن البحث عن المقاصد والمعاني في الفقه الإسلامي هو بحث موضوعي، حيث نتوصل إلى هذه القصود والمعاني من خلال ما ظهر منها في عبارات المتعاقدين المستعملة في التعبير عنها في صيغة العقد، أو من الدلائل الموضوعية والعلامات المادية التي تدل عليها، فلا يهمل ذلك فنذهب إلى استكشاف ما خفي في الضمائر والنفوس ما لم يظهر.

إذن فإن المصدر الأول لتفسير العقد هو صيغة العاقدين التي عبرا بها في العقد، والأصل في الكلام الحقيقة، وطالما أمكننا إعمالها فإنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح، وإلا فيصار إلى الدلالة فإذا خفيت البواطن فإن دليلها يقوم مقامها.[١]

سادسا : قاعدة " إذا تعارض المانع، والمقتضي فإنه يقدم المانع"[٢].

معنى القاعدة: أنه إذا وجد سبب يستلزم العمل بحكم، ووجد سبب آخر يمنع العمل به قدم المانع[٣]، ذلك لما يلحظ من اعتناء الشارع بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات.[٤]

من الفروع على القاعدة:

- لو حط البائع كل الثمن عن المشتري، يصح منه حط الثمن، ويقتضي ذلك حينئذ إلحاقه بأصل العقد بحيث يصبح الثمن الباقي بعد الحط فيه هو الثمن المعقود عليه لا المذكور قبل الحط. لكنه لا يلحق بأصل العقد لوجود سبب مانع وهو ما يؤدي إليه الإلحاق بالأصل من بطلان العقد، لخلو العقد من ركن الثمن، ولكنه يعد بمنزلة هبة مبتدأة.[5] تقديما للمانع على المقتضى.

وقد وردت القاعدة بهذا النص في القانون المدني الأردني في مادته (٢٢٧) ونصها: "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع".[٦]

---

[1] السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦، ص٣٤ .
[2] ابن نجيم ، الأشباه، ص١١٧
[3] علي حيدر ، المصدر نفسه ، ج١، ص٥٢ .
[4] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٢٤٣ .
[5] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٢٤٥ .
[6] المذكرة الإيضاحية (م٢٢٧) ،ص ٢٤٢ .

سابعا : قاعدة "إعمال الكلام أولى من إهماله".

وفي الأشباه لابن نجيم: "إعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن، فإن لم يمكن أهمل.[١]

وفي القانون المدني الأردني جاءت العبارة في المادة (٢١٦) ونصها: "إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل".

وإعمال الكلام يكون باعتباره وبإعطائه حكما، وإهماله يكون باعتباره لغوا وعبثا وبعدم ترتيب ثمرة عملية عليه.[٢]

ومحل القاعدة: إذا تساوى أو تقارب إعمال الكلام وإهماله.[٣]

ومقصد القاعدة: أنه يجب حمل اللفظ - الصادر في مقام التشريع والتصرف - على أولى وجه يجعله معمولا به، فإن كان حمله على وجه ممكن لا يرتب عليه حكما وجب حمله على وجه ممكن آخر يرتب عليه حكما، ذلك أن الإهمال يكون للغو من الكلام، وكلام العقلاء يصان عنه؛ لأن العقل والدين يمنعان العاقل عن التكلم بما لا يفيد، وبالتالي وجب حمل كلامه على الصحة متى أمكن.[٤]

ويترتب على هذه القاعدة قواعد أخرى مثل:

- الأصل في الكلام الحقيقة.
- التأسيس أولى من التأكيد. حيث إن التأسيس هو استئناف كلام جديد والإتيان بفائدة جديدة في الكلام، والتأكيد هو تقرير ما أفاده الكلام السابق، فاعتبار الفائدة الجديدة أولى من إهمالها، وإهمالها يكون باعتبار الكلام توكيدا وإعادة لما أفاده السابق من الكلام.[5]

ثامناً: قاعدة " إذا تعذر إعمال الكلام يهمل ".

والتعذر يكون بعدم إمكان حمله على معنى صحيح، حقيقة أو مجازا [٦]. والأصل - كما سبق ذكره – حمل الكلام على الحقيقة فإن تعذر حمل على المجاز، بغية إعماله مدى الإمكان، حملا لكلام العقلاء على السداد، فإن استحال حمله على احد الوجهين أهمل وألغي، لأنه لا ثالث

[1] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص١٣٥ .
[2] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٥٩ . الزرقا ، المدخل ، ج١، ص١٠١٠ .
[3] السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ، (ت ٧٧١ هـ) . الأشباه والنظائر ، ط١، ٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩١ . ج١، ص١٨٩ .
[4] علي حيدر ، درر الحكام ، ص٥٩ . أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٣١٥، الزرقا ، المدخل ، ص١٠١٠ .
[5] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٣١٥ .
[6] الزرقا ، المدخل ، ص١٠١٤ .

لهذين الوجهين[١]. وقد سبق وذكر أن القانون المدني الأردني نص على هذه القاعدة في مادته (٢١٦) فيما نصه : "إعمال الكلام أولى من إهماله لكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل" [٢].

تاسعاً: قاعدة "الأصل في الكلام الحقيقة".

"أي الراجح عند السامع هو الحقيقة لا المجاز"[٣]، لأن "والمجاز فرع فيه وخلف عنه"[٤].

الحقيقة كما عرفها الجرجاني هي : "اسم للشيء المستقر في محله فإذا أطلق يراد به ذات الشيء الذي وضعه واضع اللغة في الأصل كاسم الأسد للبهيمة"[٥]، أما المجاز فهو: "اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما كتسمية الشجاع أسدا".[٦]

فالحقيقة هي: "استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه الواضع أي واضع اللغة"[٧]، أما المجاز فهو: "استعمال اللفظ في غير ما ضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي علاقة ومناسبة".[٨]

ومقصد القاعدة: كما يقول الإمام الغزالي في المستصفى: أنه "إذا دار اللفظ بين الحقيقة والمجاز فاللفظ للحقيقة إلى أن يدل الدليل أنه أراد المجاز ولا يكون مجملا كقوله رأيت اليوم حمارا واستقبلني في الطريق أسد فلا يحمل على البليد والشجاع إلا بقرينة زائدة فإن لم تظهر فاللفظ للبهيمة والسبع. ...... وهذا في مجاز لم يغلب بالعرف بحيث صار الوضع كالمتروك، مثل الغائط و العذرة فإنه لو قال رأيت اليوم عذرة أو غائطا لم يفهم منه المطمئن من الأرض وفناء الدار لأنه صار كالمتروك بعرف الاستعمال والمعنى العرفي كالمعنى الوضعي في تردد اللفظ بينهما وليس المجاز كالحقيقي، لكن المجاز إذا صار عرفيا كان الحكم للعرف"[٩] لا للحقيقة العرفية.

فاللفظ إن كان ذا معنيين؛ الأول حقيقي والآخر مجازي قد تساوى استعمالهما فلا استعمال لأحدهما أكثر من الآخر، ولم يرد مع اللفظ ما يرجح معنى على آخر، فإن اللفظ يؤخذ على معناه الحقيقي دون المجازي، لأن الراجح هو الحقيقة، والمجاز خلف عنها في حال وجود

---

[1] محمد بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج١، ص٢٨٩ .
[2] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (٢١٦) ، ص٢٤١ .
[3] الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر ، (ت ٧٩٤ هـ) . البحر المحيط في أصول الفقه ، ٤م ، (تحقيق وتعليق د. محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ . ج١، ص١١ .
[4] أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٣٣.
[5] الجرجاني ، التعريفات ، باب الحاء ، ج١، ص١٢٢ .
[6] الجرجاني ، التعريفات ، باب الميم ، ج١، ص٢٥٧ .
[7] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٣٠ .
[8] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١ ص٣٠ .
[9] الغزالي ، محمد بن محمد أبو حامد ، (ت ٥٠٥ هـ) . المستصفى ، ١م ، (تحقيق محمد عبد السلام الشافي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٣ هـ . ج١ ، ص ١٩٠.

مرجح له. كما يصار إلى المجاز إذا تعذرت الحقيقة، أو تعسرت، أو هجرت أو عارضها العرف والعادة.[١] كما سيرد في القواعد لاحقا.

من الفروع على القاعدة:

- إذا قال: وقفت على أولادي، لا يدخل فيه ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب دون ولد الولد. و في وجه يدخل حملا له على الحقيقة و المجاز.[٢]
- لو قال : وقفت على حفاظ القرآن لا يدخل فيه من كان حافظا و نسيه لأنه لا يطلق عليه حافظ إلا مجازا باعتبار ما كان.[٣]
- لو قال لآخر: وهبتك كذا، فأخذه الآخر، فإن ادعى بعد ذلك أنه أراد البيع وطلب ثمنا، لم يقبل منه لأن الراجح في قوله "وهبتك" الحقيقة، وهي التمليك بلا عوض، طالما لم يرد ما يرجح المجاز كما لو قال: وهبتك بدينارين، وهي قرينة صارفة عن الحقيقة إلى المجاز وهو البيع.[٤]

وقد جاء ذكر هذه القاعدة الفقهية في القانون المدني الأردني ضمن المادة (٢/٢١٤) ونصها هو " والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي"[5]. حيث حوت المادة هذه القاعدة الفقهية كما حوت القاعدة الفقهية التالية.

عاشراً : قاعدة "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز".

بمعنى أنه إذا تعذر حمل الكلام على المعنى الحقيقي أو تعسر ذلك أو هجرت الحقيقة يصار إلى المجاز[٦]. لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، وعدم حمله على المجاز إن تعذر حمله على وجه آخر يؤدي إلى إهماله، فكان حمله على المجاز طريق إعماله[٧].

والتعذر، إما حقيقي أو عرفي، أو شرعي؛

أما التعذر الحقيقي فوجهان فإما أن تكون إرادة المعنى الحقيقي غير ممكنة لعدم وجود فرد لها في الخارج، وإما أن تكون ممكنة لكنها عسيرة.

---

[1] أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص١٣٤.
[2] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٦٣ .
[3] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٦٣ .
[4] مصطفى الزرقا ، المدخل ، ج١، ص١٠١١ .
[5] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (٢/٢١٤) ، ص٢٤١ .
[6] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٣١٧ .
[7] الزرقا ، المدخل ،ص١٠١١ .

وأما التعذر العرفي: فبكون المعنى الحقيقي مهجورا من الناس. يقول ابن نجيم في الأشباه والنظائر: "والمهجور شرعا أو عرفا كالمتعذر، وإن تعذرت الحقيقة والمجاز، أو كان اللفظ مشتركا بلا مرجح أهمل لعدم الإمكان".[١]

حادي عشر: قاعدة "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله".

مفهوم القاعدة أن الشيء الذي لا يقبل التجزئة يعتبر كلا واحدا يأخذ بعضه حكم كله[٢]، بحيث إذا ذكر بعضه يكون الكل مذكورا، ولولا اعتبار الكل الذي لا يتجزأ مذكورا بذكر بعضه لكان ذلك موجبا إهمال ذكر البعض، في حين أن إعمال الكلام أولى من إهماله[٣].

وقد وردت هذه القاعدة بهذا النص في المادة (٢١٧) من القانون المدني الأردني ونصها "ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكره كله"[٤].

من الفروع على القاعدة:

- أنه لو سلم الشفيع حقه عن نصف الشفعة سقطت كلها.[٥]
- لو كفل شخص آخر على مائتين من دينه البالغ ستمائة قرش، فإن الكفالة تنعقد على المائتين دون باقي المبلغ، لأن هذا المال مما يقبل التجزئة.[٦]

ثاني عشر: قاعدة "المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة".

وهذه القاعدة هي نص المادة (٢١٨) من القانون المدني الأردني. [٧]

المطلق: ما يدل على واحد غير معين[٨]، أو هو الأمر المجرد من القرائن الدالة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة. والمقيد هو المقارن لإحدى هذه القرائن.[٩]

فإذا وكل أحدهم آخر بشراء فرس، واشترى له هذا الآخر فرسا حمراء، فقال إنما أردت بيضاء، فلا عبرة بكلامه بل يلزمه ما اشتراه له الوكيل نظرا لأنه لم يقيد أمره بقيد، فكان كلامه مطلقا فالعبرة به، ويجري العمل به.

---

[1] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص١٣٥ .
[2] محمد بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٥، ص٣٦٢ .
[3] علي حيدر ، شرح القواعد الفقهية ، ج١،ص٦١ .
[4] المذكرة الإيضاحية ، المادة ٢١٧، ص٢٤١ .
[5] أحمد الزرقا ، القواعد الفقهية ، ص٣٢١ .
[6] علي حيدر ، مجلة الأحكام ، ج١، ص٦١ .
[7] المذكرة الإيضاحية ، المادة (٢١٨) ، ص٢٤١ .
[8] التعريفات ، باب الميم ، ج١، ص٢٨٠ .
[9] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١،ص٦٢ .

والتقييد يكون باللفظ كما في اقتران الكلام بصفة، أو حال، أو إضافة، أو مفعول به، أو نهي، أو شرط، أو استثناء[١]. ويكون التقييد كذلك بالدلالة، كدلالة الحال ودلالة العرف.[٢]

ومثال التقييد بالنص، ما لو وكله بالبيع بعشرين دينارا، لم ينفذ بيعه بأقل.[٣]

ومثال التقييد بدلالة الحال، ما لوكله في فصل الصيف بشراء ثلج له دون تعيين مدة الشراء، فعلى الوكيل التقيد بشراء الثلج قبل دخول الشتاء، فإن فعل لم يلزم الموكل بما اشتراه الوكيل.[٤]

ومثال التقييد بدلالة العرف، الوكالة بشراء شيء دون التقييد بالثمن، فدلالة العرف تقتضي من الوكيل الشراء بثمن المثل، ولا يحق له الشراء بغبن فاحش، بل بغبن يسير، للعرف أيضا[5].

ثالث عشر: " قاعدة " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ".

اللغو " ضم الكلام ما هو ساقط العبرة منه وهو الذي لا معنى له في حق ثبوت الحكم"[٦].

وهذه القاعدة هي المادة (٢١٩) من القانون المدني الأردني [٧]. والمقصود أن وصف ما كان حاضرا ومشارا إليه حين الوصف لا حكم له [٨]، ذلك أن الإشارة تقطع الاشتباه والاشتراك بالكلية، بينما يقلله الوصف فبوجود الإشارة لغا ما هو دونها. ويشترط في ذلك كون المشار إليه من جنس المسمى الموصوف، فإذا أشار إلى فرس أبيض وقال بعتك الفرس الأسود، صح البيع ولغا الوصف.

بخلاف ما لو أشار إلى ما كان من غير جنس الموصوف، فتكون العبرة للوصف، فلو أشار إلى فص من زجاج وقال : بعتك فص الياقوت، يعتبر الوصف ولا ينعقد البيع.

أما لو كان المبيع غائبا غير مشار إليه حين التسمية والوصف، فالوصف معتبر، فإن انطبق الوصف على حال المبيع انعقد البيع و إلا انعقد البيع موقوفا على رضا المشتري[٩].

---

[1] أحمد الزرقا ، القواعد ، ص٣٢٤ .
[2] الزرقا ، المدخل ، ج١ ص١٠١٣ .
[3] الزرقا ، المدخل ، ج١،ص١٠١٣ .
[4] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٦٤ .
[5] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٦٣ .
[6] الجرجاني ،التعريفات ، ج١، ص٢٤٧ .
[7] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (٢١٩) ،ص٢٤١ .
[8] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١ ، ص٦٤ .
[9] أحمد الزرقا ، شرح القواعد ، ص٣٣١ .

رابع عشر: " السؤال معاد في الجواب ".

والمقصود من القاعدة : أن السؤال يستدعي جوابا، فيكون الجواب تابعا للسؤال غير مستقل عنه حتى كأن السؤال مكرر ضمن الجواب [١]، فإذا كان السؤال مفصلا كان الجواب مشتملا على ما في السؤال من تفصيل [٢]. ومثل السؤال في ذلك كل ألفاظ الإنشاء[٣].

وهذه القاعدة هي نص المادة (٢٣٤) من القانون المدني الأردني [٤].

خامس عشر: " الخراج بالضمان ".

الخراج هو : ما ينتج من ملك الإنسان من النتاج كلبن الحيوان وبدل إجارة الأرض، وغلة الأرض. والضمان هو : المؤونة كالإنفاق على الحيوان، ومصاريف العمارة للعقار[5]. يقول الزركشي في بيانه للقاعدة: " ما خرج من الشئ من عين ومنفعة (وغلة) فهو للمشتري، عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم "[٦]. والمعنى أن الشئ إذا كان في ضمانة إنسان بحيث لو تلف في يده لضمنه من ماله، فإن منفعة ذات الشئ تكون له مقابل الضمان[٧].

سادس عشر : " اليقين لا يزول بالشك ".

اليقين اصطلاحا كما عرفه الجرجاني "اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن ألا كذا، مطابقا للواقع غير ممكن الزوال. والقيد الأول جنس يشتمل على الظن والثاني يخرج الظن والثالث يخرج الجهل والرابع يخرج اعتقاد المقلد المصيب" [٨].

أما الشك اصطلاحا : فهو "التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك، وقيل الشك ما استوى طرفاه وهو الوقوف بين الشيئين لا يميل القلب إلى أحدهما فإذا ترجح أحدهما ولم يطرح الآخر فهو ظن فإذا طرحه فهو غالب الظن وهو بمنزلة اليقين"[٩].

يقول السيوطي في الأشباه "قال الشافعي - رضي ا   عنه – أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة، وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب ومرجعها

---

[1] بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٦، ص٤ .
[2] الزرقا ، المدخل ، ج١ ، ص١٠١٤ .
[3] أحمد الزرقا ، شرح القواعد ، ص٣٣٥ .
[4] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (٢٣٤) ، ص٢٤٢ .
[5] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٨٨ .
[6] الزركشي ، المنثور في القواعد ، ط٢، ٣م ، (تحقيق د. تيسير فائق محمود) ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ١٤٠٥ هـ .ج٢، ص١١٩ .
[7] الندوي ، علي أحمد ، (١٩٨٣- ١٩٨٤) . القواعد الفقهية وأثرها في الفقه الإسلامي . رسالة ماجستير ، جامعة أم القرى / كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، مكة المكرمة ، ص٢٨٣ .
[8] الجرجاني ، التعريفات ، باب الياء، ج١، ص٣٣٢ .
[9] الجرجاني ، التعريفات ، باب الشين ، ج١، ص١٦٨ .

إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرا بالقبض لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف على القبض وأصل الإقرار البناء على اليقين"[1].

ومعنى القاعدة أن الأمر اليقيني أقوى من الشك فلا يعقل أن يزال الأقوى بما هو أضعف وإنما بما هو مثله أو أقوى منه، فما كان ثابتا متيقنا لا يرفع بعارض الشك عليه[2]. ويمكن القول أن "اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ وأنه لا يزول إلا بيقين مثله"[3].

سابع عشر : "الأصل بقاء ما كان على ما كان".

هذه القاعدة هي قاعدة الاستصحاب، فالاستصحاب هو "عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير، وهو -أي ماكان- الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء على الزمان الأول"[4]، فما ثبت على حال في وقت سابق يبقى على الحال التي ثبت عليها، ولا يحكم بتغيره ما لم يرد دليل على تغيره[5].

يترتب على هذه القاعدة القول أنه لو جهلت حال الشيء وقت الخصومة، ولا دليل يحكم به من بينة أو إقرار، أو نكول، أو أمارة ظاهرة، فإنه ينظر إن كانت له حال سابقة، فيحكم ببقائه واستقراره على تلك الحال، إلى أن يقوم الدليل على تغيره إلى حال أخرى[6].

من الفروع عليها:

إذا اختلف المتعاقدان على مضي مدة أجل الثمن، فالقول قول منكره، لأنهما قد تصادقا على ثبوته، ثم ادعى أحدهما سقوطه، والحال التي استقرت عليها المدة الثبوت فتبقى على ما كانت عليه؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان[7].

ثامن عشر : "الأصل براءة الذمّة".

الذمة : "لغة العهد، لأن نقضه يوجب الذم. ومنهم من جعلها وصفا فعرفها بأنها: وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه. ومنهم من جعلها ذاتا فعرفها: بأنها نفس لها عهد؛ فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر الحيوانات". ومعنى القاعدة : أن الأصل أن الإنسان يولد بريء الذمة فهذا هو الأصل، وانشغال الذمة طارئ لذلك لا بد من دليل على حدوثه، لأنه خلاف الظاهر.

---

[1] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٥٣ .
[2] أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٨٣ .
[3] علي حيدر ، شرح المجلة ، ص٢٢ .
[4] الجرجاني ، التعريفات ، باب الألف ، ج١، ٣٤ .
[5] الندوي ، شرح القواعد الفقهية ، ص٢٣٢ .
[6] أحمد الزرقا ، القواعد ، ص٨٨ .
[7] أحمد الزرقا ، القواعد ، ص٨٨ .

المبحث الثاني

تحديد نطاق العقد

المطلب الأول :مفهوم تحديد نطاق العقد و عوامله

الفرع الأول :مفهوم تحديد نطاق العقد

بعد استخلاص النية المشتركة للعاقدين فيما يسمى تفسير العقد، وبعد تحديد نوع العقد والأحكام المترتبة عليه فيما يسمى بتكييف العقد، لا بد من بيان مدى ما أنشاه العقد من الالتزامات، في عملية تسمى تحديد نطاق العقد بحيث لا يتوقف تحديد نطاق العقد عند تحديد النية المشتركة بل يضاف إليه كل ما هو من مستلزمات العقد وفقا للعرف ولطبيعة الالتزام. وهذه المرحلة هي من الأهمية بمكان، إذ إن من الضروري للعاقدين معرفة ما ترتب عليهما من التزامات حددها العقد حتى يقوما بتنفيذها دون نقص أو زيادة [١].

ويمكن التعريف بمصطلح تحديد نطاق العقد على أنه : عملية تحديد الالتزامات التي أنشأها العاقدان بموجب العقد من خلال ما ورد فيه وما هو من مستلزماته.

الفرع الثاني : العوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد

لا نجد في كتب الفقهاء كلاما صريحا في بيان عوامل تحديد العقد، إلا أنه يمكننا استنتاج هذه العناصر من خلال استقصاء مؤلفاتهم الفقهية، وكان أول من ذكر عوامل تحديد العقد في الفقه الإسلامي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، واقتصر ذكره للعوامل على العرف والعادة، وطبيعة الالتزام، وأضافت الباحثة سوزان أبو السعود عوامل أخرى لتحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي هي: النص والشرط ومقاصد الشريعة[٢].

إذا يمكن حصر عوامل تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي النص الشرعي، والشرط، العرف والعادة، طبيعة الالتزام، ومقاصد الشريعة. وتجب الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد نص على بعض محددات العقد السابقة واتفق مع الفقه الإسلامي في تلك المحددات، وذلك في المادة (٢/٢٠٢) ونصها: " ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، و

---

[1] السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦، ص٣-٤ .
[2] سوزان أبو السعود ، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي ، ص١٣٠ .

لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التعامل"[١]. و بيان هذه العوامل هو موضوع المطالب الآتية.

<u>المطلب الثاني : أثر النص في تحديد نطاق العقد.</u>

و يقصد به النص من القرآن والسنّة، ومن ثم يقاس عليهما.

ودليل كون النص عاملا من عوامل تحديد نطاق العقد، الحديث الوارد في صحيح البخاري : -

"عن سالم بن عبد ا عن أبيه رضي ا عنه قال

سمعت رسول ا صلى ا عليه وسلم يقول من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع"[٢].

نلاحظ في النص أنه منع من إدخال ثمر النخل ومال العبد في المبيع، وبالتالي كان له دور في تحديد نطاق العقد حيث أن النص حدد متى تتبع الثمرة البيع ومتى لا تتبع، فإنها لا تتبع إذا أبرت قبل البيع، وعندها تبقى للبائع، أما إذا لم تؤبر فإنها تتبع البيع فتكون للمشتري عند الجمهور خلافا للأحناف.[٣]

ومن النصوص الدالة على اعتبار النص محددا لنطاق العقد عند الفقهاء بل وأفضليته على بقية المحددات -الشرط مثالا- ما ذكره الشاطبي في الموافقات من أن ما يثبت بالشرع مقدم على ما يثبت بالشرط[٤]، وهذا ينطبق على كل أبواب الفقه ومنها العقود ومشتملاتها فيدخل في نطاق العقد ما يوافق نصوص الشرع، ويخرج من العقد ما لا يوافقها، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. كما أن نص العاقد يتقدم على العرف مثلا، ومن ذلك ما ذكره السرخسي:

---

1 المذكرات الإيضاحية (م ٢٠٢/٢) ، ص٢٢٩ .

2 البخاري ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله ، (ت ٢٥٦ هـ) . الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري) ، ط٣، ٦م، (تحقيق مصطفى ديب البغا) ، دار ابن كثير ، اليمامه- بيروت ، ١٩٨٧ .
كتاب المساقاة _ الشرب ، باب : الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ، حديث رقم : ٢٢٠٥ . ج٢، ص ٨٣٨ .

3 يقول البخاري : "" فتخصيص العمد والسوم والتأبير بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداها عند مالك والشافعي وجمهور أصحابهما وهو قول داود وأصحاب الظواهر وجماعة من المتكلمين وأبي عبيدة معمر بن المثنى وجماعة من أهل العربية وعندنا لا يدل وإليه ذهب أبو العباس بن شريح وأبو بكر القفال الشاشي والغزالي من أصحاب الشافعي والقاضي أبو بكر الباقلاني وجمهور المتكلمين." .
ج٢، ص٣٧٧ .
البخاري ، عبد العزيز بن أحمد ، (ت ٧٣٠ هـ) . كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، ط١، (تحقيق عبد الله محمود عمر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .
يقول البخاري : "" فتخصيص العمد والسوم والتأبير بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداها عند مالك والشافعي وجمهور أصحابهما وهو قول داود وأصحاب الظواهر وجماعة من المتكلمين وأبي عبيدة معمر بن المثنى وجماعة من أهل العربية وعندنا لا يدل وإليه ذهب أبو العباس بن شريح وأبو بكر القفال الشاشي والغزالي من أصحاب الشافعي والقاضي أبو بكر الباقلاني وجمهور المتكلمين." .
ج٢، ص٣٧٧ .

4 الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، (ت ٧٩٠ هـ) . الموافقات في أصول الشريعة ، ط١، ٧م ، (تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان) دار ابن عفان ، ١٩٩٧ . ج٣، ص١٩٧ .

"اعتبار العادة عند عدم النص، فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما لا يعتبر بالعادة".[1]

المطلب الثالث : أثر الشرط المقترن بالعقد تقييدا في تحديد نطاق العقد

يعرف الشرط المقترن بالعقد بأنه : " التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا "[2].

وهذا الشرط يعتبر محددا للعقد، فإذا اتفق العاقدان على شرط تبعية أمر ما للعقد أو عدم تبعيته له فإن هذا الشرط يكون معتبرا، بل ومؤثرا في تحديد مضمون العقد و ما يشمله ومحددا لنطاق العقد[3]، إلا أن اعتبار الشرط ليس على إطلاقه في الفقه الإسلامي، بل إن كثيرا من الشروط لا يعتبر فيلغو ويبطل، وهذا باب كبير من أبواب الفقه ومدار خلاف بين الفقهاء فيما يعتبر من الشروط صحيحا معتبرا وما يبطل منها أو يفسد ويفسد العقد معه .

و يمكن إجمال الشروط المقترنة بالعقد على النحو التالي :

١- **أن يكون الشرط مما يقتضيه العقد :** وهذا متفق عليه ومنصوص على جوازه عند كل المذاهب؛ كشرط تسليم المستأجر[4]، وكتسليم المبيع وضمان العيب، ورد العوض عند انتقاص البيع [5]، ومثل اشتراط تعجيل الثمن [6]، أو مثل حلول الثمن ونحوه [7].

٢- **أن يكون الشرط مما يلائم العقد :** وهذا أيضا مما اتفقت عليه المذاهب الفقهية **؛** ومثاله شرط الرهن أو الحميل أو الأجل المعلوم أو الخيار لأن ذلك من الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها ولكنها تعود على البيع بمصلحة فهي جائزة إذن [8].

---

[1] السرخسي ، شمس الدين محمد بن أحمد أبو بكر بن أبي سهل ، (ت ٤٨٣ هـ) . المبسوط ، ط١، (تحقيق خليل محيي الدين الميس) ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٠ . ج١٣، ص١٥٠

[2] الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ١٩٩٤ ، ص٤١٤ .

[3] سوزان أبو السعود ، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي ، ص ١٤٢.

[4] الكاساني ، علاء الدين ، (ت ٥٨٧ هـ) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ٧م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ . ج٤ ، ص١٨٧ .

[5] ابن عليش ، محمد بن أحمد (ت ١٢٩٩ هـ) . فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، (جمع علي بن نايف الشحود) ج٢، ص٣٥٠ .

[6] الماوردي ، أبو الحسن ، (ت ٤٥٠ هـ) . الحاوي الكبير ، ١٨م، دار الفكر ، بيروت . ج٥، ص٦٩٤

[7] ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق ، (ت٨٨٤ هـ) . المبدع شرح المقنع ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣. ج٤، ص٨٦ .

[8] الدردير ، أحمد أبو البركات ، (ت ١٢٠١ هـ). الشرح الكبير ، ٤م ، (تحقيق أحمد عليش) دار الفكر ، بيروت . ج٣، ص٦٧ . نظام الدين البلخي . الفتاوى الهندية العالمكيرية ، ٦م، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩١. ج٣، ص١٣٣ .

و هذا النوع من الشروط هو ما يسمى عند الشافعية (الشرط الذي فيه مصلحة العقد)[١]. يقول الماوردي " والْقِسم الثانِي : ما كان مِن مصلَحةِ الْعقْدِ ومباحاتِهِ كاشْتِراطِ الرهن والضمِين وتأْجِيل الثمن وخِيار الثلَاثِ، فَهذَا وما شَاكَلَه لَازِم بِالشرطِ دون الْعقْدِ : لِأَن إِطْلَاقَ الْعقْدِ لَا يقْتَضِيهِ واشْتِراطَه فِي الْعقْدِ لَا ينَافِيهِ. " [٢] واعتبر الشافعية أن الشرط الذي لا يتعلق به مصلحة وليس فيه غرض يورث تنازعا شرط لاغ، فيما يكون الشرط الذي فيه غرض يورث تنازعا بين العاقدين فاسداً مفسداً، ففي حاشية الجمل: "الشرط إما أن يقتضيه مطلق العقد كالقبض والانتفاع والرد بالعيب أو لا، الأول لا يضر والثاني إما أن يتعلق بمصلحة العقد كشرط الرهن والإشهاد والأوصاف المقصودة من الكتابة والخياطة والخيار ونحو ذلك أو لا، الأول لا يفسده ويصح الشرط في نفسه والثاني إما أن لا يكون فيه غرض يورث تنازعا كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة فهو لاغ والعقد صحيح والثالث وهو الفاسد المفسد كالأمور التي تنافي مقتضاه نحو عدم القبض والتصرف وما أشبه ذلك " [٣].

- **أن يكون الشرط مما لا ينافي الشرع، بأن يرد نص يحرمه بعينه،** ودليله ما ورد في صحيح البخاري عن عائشة رضي ا عنها قالت أتتها بريرة تسألها في كتابتها فقالت إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي فلما جاء رسول ا صلى ا عليه وسلم ذكرته ذلك قال النبي صلى ا عليه وسلم ابتاعيها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق ثم قام رسول ا صلى ا عليه وسلم على المنبر فقال: " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب ا من اشترط شرطا ليس في كتاب ا فليس له وإن اشترط مائة شرط "[٤]. يقول الماوردي في ذلك: " فموضع الدلالة منه أن ابتياع بريرة كان بشرط العتق بدليل اشتراط الولاء، فصحح النبي {صلى ا عليه وسلم} البيع مع اشتراطه، وأبطل أن يكون الولاء إلا لمعتقه "[٥]. ومن أمثلة هذه الشروط الباطلة ما ذكره القرافي: "إن أشركته على أن ينقد عنك امتنع لأنه بيع وسلف"[٦].

[1] الدريني ، بحوث مقارنة ، ص٤٢٦ . الجمل ، الشيخ سليمان بن عمر ، (ت ١٢٠٤ هـ) . حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ، ٥م، دار الفكر ، بيروت . ج٥، ص٤٨٠ .
[2] الماوردي ، الحاوي ، ج٥،ص٦٩٤
[3] الجمل ، الشيخ سليمان بن عمر ، (ت ١٢٠٤ هـ) . حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ، ٥م، دار الفكر ، بيروت . ج٥، ص٤٨٠ .
[4] صحيح البخاري ، كتاب الشروط ، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله ، حديث رقم (٢٥٨٤) ، ج٢، ص٩٨١ .
[5] الماوردي ، الحاوي ، ج٥، ص٦٩٩ .
[6] القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، (ت٦٨٤ هـ) . الذخيرة ، ١٤م، (تحقيق محمد حجي) ، دار الغرب ، بيروت ، ١٩٩٤. ج٥، ص١٥٤ .

- وكذلك ما ذكره في المبدع شرح المقنع "وإن جمع بين شرطين، لم يصح"[١] على الأصح لما روى عبد ا بن عمرو أن النبي صلى ا عليه وسلم قال: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع" [٢].

٣- **شرط جرى به عرف التعامل :** وهذا الشرط نص عليه الحنفية ؛ ففي البدائع "وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلا على أن يحدوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا أو ينعل خفه والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه ا "[٣].

٤- **شَرطٌ لَيس مِن مقْتَضى الْعقْدِ، ولا مِن مصلحتِهِ، ولاَ ينَافِي مقْتَضاه، لَكِن فِيهِ نَفْعا معلُوما لِلْبائِعِ أَو لِلْمشْتَرِي**، ولو لم يجر به التعامل. وهو شرط الحنابلة الذي جعل مذهبهم أوسع المذاهب في المسألة : ففي المبدع : " باب الشروط في البيع وهي ضربان: صحيح، وهو ثلاثة أنواع: أحدها. .... الثالث: أن يشترط البائع نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهرا أو حملان البعير إلى موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله." [٤]

٥- **أن لا يؤدي الشرط إلى الإخلال بالعقد** : نص عليه في كتب المالكية، وذلك بأن يورثه جهالة، كبيع الثنيا[5]، إلا أن يكون الغرر يسيرا، وأورد ابن عليش عن ابن رشد " (القسم الثاني) ما يئول إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة البيع كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد، أو في الثمن، أو في المثمون أو إلى الوقوع في ربا الفضل، أو في ربا النساء كشرط مشاورة شخص بعيد، أو شرط الخيار إلى مدة مجهولة، أو إلى مدة زائدة على ما قرره الشرع في تلك السلعة

---

[1] ابن مفلح ، المبدع ، ج٣، ص٣٩٣

[2] ابن مفلح ، المبدع ، ج٣،ص٣٩٣ .

[3] الكاساني ، البدائع ، ج٥، ص١٧٢ .

[4] ابن مفلح ، المبدع ، ج٣، ص٣٨٩ .

[5] قال في تاج العروس : "الثنيا (كل ما استثنيته) ومنه الحديث نهى عن الثنيا الا ان يعلم وهو ان يستثنى منه شئ مجهول فيفسد البيع و ذلك إذا باع جزورا بثمن معلوم واستثنى راسه واطرافه فان البيع فاسد وقال ابن الاثير هي ان يستثنى في عقد البيع شئ مجهول فيفسده و قيل هو ان يباع شئ جزافا فلا يجوز ان يستثنى منه شئ قل أو كثر قال وتكون الثنيا في المزارعة ان يستثنى بعد النصف أو الثلث كيل معلوم وفي الحديث من اعتق أو طلق ثم استثنى فله ثنياه أي من شرط في ذلك شرطا أو علقه على شئ فله ما شرط أو استثنى منه مثل ان يقول طلقتها ثلاثا الا واحدة" .
الزبيدي ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، (ت ١٢٠٥ هـ) . تاج العروس من جواهر القاموس ، ٤٠م ، دار الهداية . ج ٣٧، ص٢٩٧ .

المبيعة أو شرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول، أو شرط زيادة شيء مجهول في الثمن، أو في المثمون، فهذا النوع يوجب فسخ البيع. . "[١].

المطلب الرابع : أثر العرف في تحديد نطاق العقد

الفرع الأول : العرف اصطلاحا

عرف الجرجاني العرف بأنه : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول.

وكذا العادة هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى [٢]. وكثيرا ما يستعمل الأصوليون العرف والعادة بالمعنى نفسه لأن مؤداهما واحد [٣]، يقول ابن عابدين في رسالة نشر العرف : " فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق[٤] وإن اختلفا من حيث المفهوم" [5].

الفرع الثاني : أقسام العرف.

تنقسم العادة أو العرف - أو العوائد كما يقول الإمام الشاطبي – إلى أقسام باعتبارات مختلفة :

أ- فمن حيث المصدر تنقسم العادة أو العرف إلى قسمين :

الأول : العادة الشرعية وهي العادة التي أقرها الشارع، وهي ثابتة مثل جميع الأمور الشرعية، ومثالها الأمر بإزالة النجاسات وستر العورات.

والثاني : العادة الجارية بين الخلائق، وهي التي لا دليل على نفيها أو إثباتها شرعا، وهذه العادة إما أن تكون ثابتة أو متبدلة، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها. فالثابتة

---

[1] ابن عليش ، فتح العلي المالك ، ج٢، ص٣٥٨ .

[2] الجرجاني ، التعريفات ، ج١،ص١٨٨ .

[3] البغا ، مصطفى البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الإسلامي . دار الإمام البخاري ، دمشق (د.ط) . ص٢٤٣ .

[5] ابن عابدين ، رسالة نشر العرف ، ج٢،ص١١٤

مثل الكلام إذا كان أسبابا لمسببات حكم بها الشارع، فلا إشكال في اعتبارها وبناء الحكم عليها. أما المتبدلة : فمنها ما يتبدل من حسن إلى قبيح أوالعكس، ككشف الرأس، فقد كان قبيحا في بعض البلدان بحيث كان قادحا بالعدالة فيها، في حين كان غير قبيح في بلدان أخرى وبالتالي لم يكن قادحا بالعدالة فيها [١].

ب - <u>وتنقسم من حيث المتعلق إلى</u> قسمين :

<u>الأول :عرف لفظي</u> : وهو ما عبر عنه الشاطبي بقوله : "ما يختلف في التعبير عن المقاصد "[٢]، حيث ينصرف اللفظ عن معنى إلى آخر باعتبارات، فقد تختلف باعتبار اختلاف الأمم، كالعرب مع غيرهم، أو باختلاف الناس في الأمة الواحدة ؛ مثل اختلاف معنى اللفظ من فئة إلى أخرى كفئة التجار والأطباء وهكذا، أو تختلف باعتبار غلبة استعمال اللفظ في معنى غير معناه حتى أصبح هذا المعنى هو المتبادر.

وحينئذ يقع الحكم على من اعتاد على تلك العادة دون من لم يعتدها، وهذا المعنى يجري كثيرا في الأيمان والعقود و الطلاق كناية وتصريحا[٣].

<u>الثاني :عرف عملي</u>، وبتعبير الشاطبي : "ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها "، كما إذا كانت العادة في بيع معين أن يكون نقدا لا نسيئة فيجري الحكم على ذلك . ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف كالبلوغ، فيعتبر فيها عوائد الناس. ومنها أمور خارقة ينزل الحكم على صاحبها على مقتضى عادته الجارية المضطردة له .

ويرى الإمام الشاطبي أن اختلاف الأحكام مع اختلاف العادات ليس اختلافا في أصل الشرع، فالشرع موضوع على أنه دائم، ولكن الاختلاف مقصور على اختلاف العادات، فإذا اختلفت العادات رجعت كل عادة إلى أصل شرعي ليكون حاكما عليها، بمعنى أن الأحكام ثابتة لكنها تتبع أسبابها حيث كانت [٤].

---

[1] الشاطبي ، الموافقات ، ج٢، ص٤٣-٤٥
[2] الشاطبي ، الموافقات ، ج٢، ص ٤٨٩
[3] الشاطبي ، الموافقات ، ج٢، ص٤٨٩
[4] الشاطبي ، الموافقات ، ج٢، ص٤٩٩

ج- وتنقسم من حيث وقوعها إلى قسمين:

الأول : العرف العام، وهي المنتشرة عند عامة أهل البلاد بين جميع الناس، كالاستصناع. وكتعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية.

والثاني : العرف الخاص، وهي المنتشرة في مكان دون آخر أو فئة من الناس دون أخرى[1]. كتعارف أهل المهنة الواحدة على ما يعد عيبا في محل العقد.

الفرع الثالث : أدلة اعتبار العرف والعادة

١. حديث "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند ا حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند ا قبيح".

وهو منقول عن ابن مسعود – رضي ا عنه – موقوفا عليه. وهو وإن كان موقوفا عليه إلا أنه بحكم المرفوع لأنه مما لا دخل للرأي فيه[2].

٢. قوله تعالى { خذِ الْعفْو وأْمر بِالْعرفِ وأَعرِض عنِ الْجاهِلِين}[3].

٣. وتفسير العرف هنا كما ورد في التحبير عن ابن عطية " كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة "[4]. ومثل هذه الآية كل آية تكرر فيها لفظ "المعروف " مثل {وعاشِروهن بِالْمعروفِ}[5].

٤. قوله تعالى: {يا أَيها الذِين آمنوا لِيستأْذِنكُم الذِين ملَكَت أَيمانكُم والذِين لَم يبلُغوا الْحلُم مِنكُم ثَلَاثَ مراتٍ مِن قَبلِ صلَاةِ الْفَجرِ وحِين تضعونَ ثِيابكُم مِن الظهِيرةِ ومِن بعدِ صلَاةِ الْعِشاءِ ثَلَاثُ عوراتٍ لَكُم لَيس علَيكُم ولَا علَيهِم جناح بعدهن طَوافُونَ علَيكُم بعضكُم علَى بعضٍ كَذَلِك يبين الله لَكُم الْآياتِ والله علِيم حكِيم}[6]. يقول في التحبير "

---

[1] البغا ، أثر الأدلة المختلف فيها ، ص٢٤٥

[2] أحمد الزرقا ، شرح القواعد ، ص٢٢٠

[3] سورة الأعراف ،الآية الكريمة ١٩٩ .

[4] المرداوي ، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، (ت ٨٨٥ هـ) . التحبير شرح التحرير في أصول الفقه ، ٨م ، (تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين ، د. عوض القرني ، د. أحمد السراح) ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ٢٠٠٠ . ج٨، ص٣٨٥٢ .

[5] سورة النساء ،الآية الكريمة ١٩ .

[6] سورة النور ، الآيات الكريمة ٥٨-٥٩ .

فالأمر بالاستئذان في الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه"[١].

٥. قوله صلى ا عليه وسلم لهند بنت عتبة : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ".

٦. قوله صلى ا عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ". وهذا كما يقول في التحبير :

" دليل على اعتبار ما المسلمون عليه إما من جهة الأمر الشرعي، أو من جهة العادة المستقرة، لشمول قوله : " ليس عليه أمرنا " ذلك " [٢].

٧. عن ابن عمر عن النبي صلى ا عليه وسلم قال : " المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة " [٣]. فقد اعتبر الرسول صلى ا عليه وسلم في تقدير ما يتقدر شرعا - كنصاب الزكاة، والكفارة والدية وغيرها - مقدار الكيل الذي جرت به عادة أهل المدينة لما عرفوا بالزراعة، وكذا اعتبر عليه الصلاة والسلام في ذلك عادة أهل مكة في الوزن لما عرفوا بأنهم أهل تجارة [٤].

٨. حديث حرام بن محيصة الأنصاري عن البراء بن عازب : " أن ناقة البراء دخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى رسول ا على أهل الحائط حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل " [٥]. وهذا الحديث كما يقول في التحبير : " هو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية، إذ بنى النبي صلى ا عليه وسلم التضمين على ما جرت به العادة" [٦].

شروط اعتبار العرف والعادة :

١- أن لا يكون مصادما لنص أو حكم مجمع عليه، إذ إن: "العرف غير معتبر في المنصوص عليه".[٧]

٢- أن يكون عاما أو وضطردا حيث إنه: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت".[1]

---

[1] المرداوي ، التحبير ، ج٨،ص٣٨٥٥ .

[2] المرداوي ،التحبير شرح التحرير ، ج٨، ص ٣٨٥٥ .

[3] النسائي ، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ، (ت ٣٠٣ هـ) . السنن الكبرى ، ط٥، ٨ج ، ٤م ، (تحقيق مكتب تحقيق التراث) ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٥٠ هـ . باب كم الصاع ، الحديث رقم ٢٥١٩، ج٥، ص٥٧ .

[4] المرداوي ، التحبير ، ج٨، ص٣٨٥٥ .

[5] هكذا ورد الحديث في التحرير ، وعزاه إلى أبي داوود . وقد أخرجه البيهقي في سننه : " حَدَّثَنَا الشَّافِعِىُّ قَالَ : لاَ تُضَعَّفُ الْغَرَامَةُ عَلَى أَحَدٍ فِى شَىْءٍ إِنَّمَا الْعُقُوبَةُ فِى الأَبْدَانِ لاَ فِى الأَمْوَالِ وَإِنَّمَا تَرَكْنَا تَضْعِيفَ الْغَرَامَةِ مِنْ قِبَلِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- قَضَى فِيمَا أَفْسَدَتْ نَاقَةُ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَمَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِى بِاللَّيْلِ فَهُوَ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا " .
البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين ، بن علي ، (ت ٤٥٨ هـ) ، السنن الكبرى ، ط١، ١٠م ، مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر أباد، الهند ، ١٣٤٤ هـ . باب ما يستدل به على ترك تضعيف الغرامة ، الحديث رقم ١٧٧٥٠ ،ج٨ ، ص ٢٧٩ .

[6] المرداوي ، التحبير ، ج٨، ص ٣٨٥٦ .

[7] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص٩٤ .

٣- أن يكون مقارنا لإنشاء التصرف إذ إن: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق لا المتأخر، فلا عبرة بالعرف الطارئ"[٢].

٤- أن لا يعارضه تصريح بخلافه حيث إنه: "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح".[٣]

الفرع الرابع : القواعد الراجعة إلى العرف والعادة، كمحددات لنطاق العقد

١. **العادة محكمة : والعادة** لغة: الديدن[٤]، و اصطلاحا: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس، ويكون مقبولا عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة.

ومعنى كونها **محكمة** : أنها " هي المرجع عند النزاع لأنه دليل يبتنى عليه الحكم " [٥]، وأما معنى القاعدة إجمالا : فأن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي[٦]

يقول الإمام السيوطي : " اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة فمن ذلك. ...... الإيجاب والقبول. ..... والتأخير المانع من الرد بالعيب. ....وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول ا صلى ا عليه وسلم فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة في الأصح. .... وفي القبض و الإقباض ودخول الحمام ".

وقد وردت هذه القاعدة الفقهية في القانون المدني الأردني في مادته (١/٢٢٠) ونصها : " العادة محكمة عامة كانت أم خاصة " [٧].

---

[1] ابن نجيم ، المصدر نفسه ، ج١، ص ٩٤ .
[2] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ١٠١ .
[3] مجلة الأحكام العدلية م١٣ .
[4] ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣، ص٣١٥ .
[5] القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنجهاني ، (ت ٦٨٤ هـ) . الفروق أو أنوار البروق في معرفة الفروق ، ٤م ، (تحقيق خليل المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ . ج٣، ص ١٤ .
[6] علي حيدر ، شرح المجلة ،ج١، ص٤٤ .
[7] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (١/٢٢٠) ، ص٢٤١ .

٢. العرف غير معتبر في المنصوص عليه. [١]

وهذه القاعدة تضبط القاعدة الكلية " العادة محكمة " وهي شرط في اعتبارها. حيث إن العادة تكون مرجعا حاكما طالما لم يرد نص في المسألة، وإلا فالحاكم هو النص ولا عبرة بالعرف.

والنص هنا يشمل معنيين الأول : النص الشرعي ؛ فإنه إذا ورد في المسألة نص شرعي فالعبرة به دون غيره، وفي هذا يقول الفقهاء : " اعتبار العادة عند عدم النص، فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالعادة فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما لا يعتبر بالعادة"[٢]. وقالوا أيضا : " وكل شيء نص رسول ا عليه الصلاة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وإن ترك الناس الكيل فيه كالحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة"[٣]. والمقصود بمخالفة النص هنا مخالفة العرف النص بالكلية، أما الاستحسان بالعرف في العقود حيث يخالف العرف نصاً لموافقة نص آخر، فإن هذا عرف معتبر كما في الاستصناع عند الحنفية يقول في شرح القدير: "وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا والاستصناع طلب الصنعة. .... جاز استحسانا تبعا للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي. . .. لأنه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز فإذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول ا صلى ا عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى ا عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول ا صلى ا عليه وسلم خاتما واحتجم صلى ا عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصهاه غير لازم عند أحد"[٤].

والثاني : نص أحد المتعاقدين أو كليهما في العقد. فإنه إذا ورد في المسألة تصريح لأحدهما أو كليهما اعتبر تصريحهما، فإن كان العرف مخالفا له لم ينظر إليه، يقول السرخسي

---

[1] ابن نجيم ،الأشباه ، ج١، ص٩٤ .
[2] السرخسي ، المبسوط ، ج١٣، ص١٥٠ .
[3] المرغيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، (ت ٥٩٣ هـ) . الهداية شرح بداية المبتدي ، المكتبة الإسلامية . ج٣، ص٦٢ .
[4] السيواسي، شرح فتح القدير ، ج٧، ص١١٤

في ذلك : " العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه "[1] فإذا وجد التصريح فالعبرة به ولا عبرة للعرف. وهذا ما نصت عليه المادة (١/٢٣٩)من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها : ١- " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " [٢].

فإذا تعاقدا على بيع ولم يعينا النقود التي يتعاقدان بها، انصرف القول إلى النقود المعمول بها في البلد، أما إن عينا نوعا فالعبرة بما عيناه وصرحا به [٣].

أما عجز المادة (٢٣٩) فيشير إلى محل إعمال العرف ونصه : ٢- " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات " [٤].

٣. إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.

وهذه القاعدة أيضا تضبط اعتبار العرف ؛ فالعادة تجعل مرجعا وحكما إذا كان العمل بها مطردا أي مستمر بين الناس دون تخلف، أوغالب بأن يتخلف في أحيان قليلة، ولا عبرة هنا بالنادر المتخلف عن العام، طالما بقيت العادة غالبة، فإن اضطربت ولم تعد مستمرة فلا تصلح مرجعا. يقول الإمام السيوطي في الأشباه : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف. " [5]

وعند ابن نجيم " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت " [٦]

ويقول الزركشي : "العادة إذا اطردت ينزل اللفظ فى العقود عليها وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان " [٧]

ومن الفروع الفقهية على القاعدة :

" لو باع التاجر في السوق شيئا بثمن، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوما انصرف إليه بلا بيان " [٨]

---

[1] السرخسي ، المبسوط ، ج٤، ص٤١٥ .
[2] المذكرة الإيضاحية المادة (١/٢٣٩) من القانون المدني الأردني ، ص٢٤٣ .
[3] بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٢، ص٣٢٥ .
[4] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة (٢/٢٣٩) ، ص٢٤٣ .
[5] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١،ص ٩٢ .
[6] ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ج١، ص٩٤ .
[7] الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج٢، ص٣٦١ .
[8] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٥ .

" إذا غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه انصرف الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح كالنقد."[١]

وقد وردت القاعدة في القانون المدني الأردني في مادته (٢/٢٢٠) فيما نصه : " وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر " [٢]. حيث اشتملت المادة على قاعدتين فقهيتين، الأولى " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت " والثانية : " العبرة للغالب الشائع لا للنادر " وهي القاعدة الفقهية التالية الذكر.

٤. العبرة للغالب الشائع لا للنادر.

فالعادة التي تجعل حكما هي العادة الغالبة الشائعة بين الناس يقول الإمام السبكي: "والشيوع أن لا يستعمل في اطراد العادة إلا في معنى، ومتى شاع في معنى لم يتصور أن يشيع في آخر مع اتحاد الزمان والمكان. وهو بمثابة إطلاق الغلبة في النفوذ؛ فالغالب هو الذي يندر التعامل بغيره، ويستحيل تقدير الغلبة في نوعين . "[٣] إذن فالشيوع هو اطراد استعمال العادة بين الناس بحيث يصبح الأمر معلوما ذائعا بينهم، والغلبة هو ما يندر التعامل بغيره. والحكم المبني على ما شاع وغلب هو حكم عام والعبرة بعمومه، فلا يؤثر فيه تخلفه في بعض الأحيان النادرة[٤].

٥. **العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر** " [٥]

وهذه القاعدة أيضا تضبط القاعدة الكلية وهي شرط في اعتبارها كذلك، "ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ" [٦]. فالعبرة هي بالعرف الذي كان زمنه مقارنا زمن العقد و سابقا عليه، وليست العبرة بما طرأ بعد العقد وتأخر عليه من أعراف.

٦. استعمال الناس حجة يجب العمل بها.

أما في معنى الاستعمال فيقول ابن نجيم في الأشباه : " فاختلف في عطف العادة على الاستعمال فقيل: هما مترادفان، وقيل: المراد من الاستعمال نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعا، وغلبة استعماله فيه، ومن العادة نقله إلى معناه المجازي عرفا " [١]

---

[1] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٢ .
[2] المذكرات الإيضاحية ، المادة ٢/٢٢٠ ، ص٢٤٣ .
[3] السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٢٧٠ .
[4] أحمد الزرقا ، شرح القواعد ، ص٢٣٥ .
[5] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص ١٠١ .
[6] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص١٠١

فالاستعمال على أحد قولين في تفسيره هو العادة، فيكون معنى القاعدة : أن عادة الناس في القول والعمل دليل يجب العمل به ما لم يخالف نصا. [٢] أو شرطا لأحد العاقدين. [٣]

أما على القول الآخر، فهو " نقل اللفظ عن موضوعه الأصلي إلى معناه المجازي شرعا وغلبة استعماله فيه". ويظهر أنه ليس المراد هنا، لتعارضه مع قاعدة (الأصل في الكلام الحقيقة)"[٤].

من الفروع على القاعدة :

أنه لو استأجر أجيرا ليعمل في الأرض يوميا، فإن وقت العمل وساعاته يرجع إلى المتعارف عليه في المنطقة، ما لم يشترط أحدهما غير ذلك فيترك العرف ويؤخذ بالشرط [٥].

٧. الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

وقد نص على هذه القاعدة الفقهية في المادة (٢٢٣) من القانون المدني الأردني[٦].

الممتنع حقيقة: ما لا يمكن وقوعه، كاجتماع النقيضين، فمثله لا يقبل الادعاء به، ولا تقام البينة عليه، بل يرد.

أما الممتنع عادة: فهو ما لا يعهد وقوعه، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد. ومعنى القاعدة أن ما استحال عرفا فحكمه حكم ما استحال عقلا أو حسا. فكما لا تسمع دعوى فيما استحال عقلا، فإنه لا تسمع كذلك فيما استحال عادة، فلو ادعى من عرف بفقره على من عرف بغناه، أنه استدان منه مبلغا كبيرا لا يعهد في العادة مثله من مثله، لا تسمع دعواه ما لم يثبت مصدر هذا المال لامتناعه عادة.[٧]

٨. لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

فإن من الأحكام ما يبتنى على العرف والعادة أو على المصلحة المتغيرة، ومن المعلوم أن العرف والعادة وكذا المصلحة هي متغيرات تتغير مع الزمان والمكان، فإن تغيرت كان لا بد من تغير الحكم الاجتهادي المستند إليهما إلى ما يوافق العرف والعادة الجديدين[٨].

---

[1] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٣ .
[2] محمد الزحيلي ، القواعد، ج١، ص٣٢١ .
[3] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٤٧ .
[4] أحمد الزرقا ، شرح القواعد ، ص٢٢٣ .
[5] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٤٦ .
[6] المذكرات الإيضاحية للقانون المدن ي الأردني ، ص٢٤٢ .
[7] محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية في المذاهب الأربعة ، ج١، ص٣١٩ . صبحي المحمصاني ، ص٢٧١ .
[8] أحمد الزرقا ، القواعد ، ص٢٢٧ .

وهذا يشمل الأحكام الاجتهادية المبتناة على العرف والعادة، كما يشمل الأحكام المنصوصة إذا كان النص مبنيا على العرف كما في ابتناء المكيل والموزون على العرف في النص كما في النص على البر والشعير لجريان العادة بكونهما غالب قوت أهل البلد في زكاة الفطر، فإن اختلف غالب قوت أهل البلد تؤدى الصقة به وإن كان غير البر والشعير[١].

٩. الحقيقة تترك بدلالة العادة.

واعتبار العرف كما سبق يرجع إليه في كثير من مسائل الفقه لدرجة أصبح معها الرجوع إليه أصلا تترك معه الحقيقة [٢]. ويقول السرخسي في أصوله: " فصل في بيان جملة ما تترك به الحقيقة وهي خمسة أنواع: أحدها دلالة الاستعمال عرفا، والثاني دلالة اللفظ، والثالث سياق النظم، والرابع دلالة من وصف المتكلم، والخامس من محل الكلام.

فأما الأول فنقول: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفا، لأن الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام، فإذا تعارف الناس استعماله لشئ عينا كان ذلك بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه"[٣]، ويكون حينئذ حقيقة عرفية، إذ المعنى اللغوي لا يفهم بالقرينة إلا مع الحقيقة العرفية، "وما سوى ذلك - لانعدام العرف - كالمهجور لا يتناوله إلا بقرينة، ألا ترى أن اسم الدراهم عند الإطلاق يتناول نقد البلد لوجود العرف الظاهر في التعامل به ولا يتناول غيره إلا بقرينة لترك التعامل به ظاهرا في ذلك الموضع وإن لم يكن بين النوعين فرق فيما وضع الاسم له حقيقة." [٤]

فالعرف القولي المستخدم بين الناس عرفا وإن خالف الحقيقة اللغوية، إلا أنه ينزل منزلتها؛ فأصبح يسمى (حقيقة) مثلها لكنه في حقيقة عرفية لا لغوية. لأن هذا اللفظ بغلبة استعماله أصبح يدل على معنى يتبادر إليه الفهم وينصرف إليه القصد، فاحتل محل الحقيقة في ذلك، وصار لذلك يسمى حقيقة عرفية.

ومن الفروع على القاعدة :

- اعتبار العرف والعادة في تحديد ما يعتبر من الأموال الربوية في كونه كيليا أو وزني[٥].
- ولو وكل شخص آخر بشراء طعام وليمة، وجب عليه شراء ما اعتاده الناس من الأطعمة في الولائم لا غيره [١].

---

[1] الخرشي،شرح مختصر خليل ، ج٢، ص٢٣٢.النووي، روضة الطالبين ، ج٢، ص٣٨٠ .ابن قدامة ، المغني ،ج٢،ص٦٦٣.
[2] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٣ .
[3] السرخسي . أصول السرخسي ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣. ج١،ص١٩٠ .
[4] السرخسي . أصول السرخسي ، ج١،ص١٩٠ .
[5] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٣ .

وقد جاء النص على القاعدة في القانون المدني الأردني في المادة (٣/٢٢٠) ونصها: "تترك الحقيقة بدلالة العادة"[٢].

١٠. المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

فإذا تعارف الناس التعامل بأمر ما، بحيث لا يحتاج التعامل به إلى اشتراط صريح فإنه يراعى هذا العرف ويعتبر بمنزلة التصريح بالشرط. ولذلك قالوا: "المعروف كالمشروط"[3]، وقالوا: "المعروف عرفا كالمشروط شرعا"[٤].

فإذا وجدت عادة بالشروط التي تجعلها محكمة، فإن القصد يتوجه إليها والفهم ينصرف إليها، وإن لم ينص على اشتراطها صراحة. ومن الأمثلة على القاعدة، التوكيل في البيع المطلق حيث يتقيد الوكيل ببيعه بثمن المثل، كما يتقيد بغالب نقد بلد البيع، باعتبار أن ما غلب عرفا من الأثمان ينزل منزلة صريح اللفظ، ويدل على هذا أن صاحب المبيع إذا قال لوكيله : بع داري هذه فباعها الوكيل بجوزة لم يكن ذلك هو المراد عند أهل العرف، فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مندرج في لفظه لاطراد العرف بخلافه[5].

فإذا اشترى بقرة وتبين فيما بعد أنها ليست بالحلوب وكان معروفا أنه ممن يشتري لأجل الانتفاع بالحليب ترد، وإلا فلا.

وقد جاءت القاعدة بذات النص في المادة (٢٢٤) من القانون المدني الأردني[٦].

١١. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

وهذه القاعدة تماثل القاعدة السابقة إلا أنها خاصة بالتجار فإنهم إذا تعارفوا شيئا روعي واعتبر، بحيث ينصرف العمل إليه عند الإطلاق، دون حاجة إلى اشتراط صريح منهما، يقول السرخسي في ذلك : " لأن عرف التجار معتبر في بيع المرابحة فما جرى العرف بإلحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به ومالا فلا " [٧]. وقد وردت القاعدة بهذا اللفظ في القانون المدني الأردني في مادته (٢٢٥)[٨].

---

[1] علي حيدر ، شرح المجلة ، ج١، ص٤٨ .
[2] المذكرات الإيضاحية (م ٣/٢٢٠) ، ص٢٤٢ .
[3] ابن نجيم ،الأشباه والنظائر ، ج١، ص٩٥ .
[4] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١ ، ص٩٩ .
[5] ابن عبد السلام ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الدمشقي ، سلطان العلماء ، (ت٦٦٠ هـ) . قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، (تحقيق محمود بن التلاميد الشنقيطي) ، دار المعارف ، بيروت . ج٢، ص١٠٧ .
[6] المذكرات الإيضاحية (م ٢٢٤) ، ص٢٤٢ .
[7] السرخسي ، المبسوط ، ج١٣، ص١٤٨ .
[8] المذكرات الإيضاحية ، (م٢٢٥) ، ص٢٤٢ .

١٢. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

ومعنى القاعدة: أنه إذا عين العاقدان المعقود عليه مثلا بالعرف المعهود بين الناس كان ذلك التعيين كالتعيين بالنص، فإنهما لو عينا بالنص بنيت الأحكام عليه، والتعيين بالعرف مثله فتبنى الأحكام عليه.

كما أن المعهود المتعارف بين الناس في أمر ما ينصرف العمل إليه إذا لم يوجد التصريح من المتعاقدين بشأنه. يقول السرخسي في أصوله : " ودلالة العرف يحصل التعيين بها ولكن إذا لم يصرح بغيرها، فأما مع التصريح يسقط اعتبار العرف، كمن اشترى بدراهم مطلقة يتعين نقد البلد بدلالة العرف، فإن صرح باشتراط نقد آخر عند الشراء سقط اعتبار ذلك العرف وينعقد العقد بما صرح به"[١].

ومن الأمثلة على القاعدة : إذا دفع رجل إلى آخر ألف دينار، قائلا له : خذ هذه الألف مضاربة بالثلثين، فأخذها وضارب بها، فهي مضاربة جائزة، وللمضارب بعدها ما اشترط في العقد، و الباقي لرب المال، إذ إن المضارب هو من يستحق الربح بالشرط، " فأما رب المال فإنما يستحق الربح باعتبار أنه بما ملكه فمطلق الشرط ينصرف إلى جانب من يحتاج إليه "[٢] فإذا كان العرف يشهد بذلك فإن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، فيصبح كلامه كما لو قال خذه مضاربة على أن لك الثلثين، لأن العرف شاهد على ذلك، فإن قال إنما كان قصدي أن لي الثلث أو الثلثين فإن كلامه خلاف ما تعارف الناس عليه والعرف هو الظاهر، فكلامه خلاف الظاهر وخلاف الظاهر لا يصدق[٣].

وهذه القاعدة الفقهية هي محتوى المادة (٢٢٦) من القانون المدني الأردني [٤].

١٣. الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي.

إذا تعارف الناس أمرا ما كان ذلك الأمر حجة معتبرة يجب الالتزام والتقيد به، كما لو كان منصوصا عليه فقال الفقهاء في ذلك : "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي "[5]. وعلة ذلك كما يقول السرخسي : "لأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا "[٦].

من الفروع على القاعدة :

---

[1] السرخسي ، أصول السرخسي ، ج١، ص٤٤ .
[2] السرخسي ،المبسوط ، ج٢٢، ص٤٠ .
[3] السرخسي ، المبسوط ، ج٢٢، ص٤٠ .
[4] المذكرات الإيضاحية (م ٢٢٦) ، ص٢٤٢ .
[5] السرخسي ، المبسوط ، ج١٣، ص٢٥ .
[6] السرخسي المبسوط ، ج١٣، ص٢٥ .

- فيما لو جرت العادة أن حمولة الأدوات الثقيلة كالغسالة والثلاجة على البائع، كان عليه إيصالها وإن لم يشترطه المبتاع، وإن لم يكن منصوصا عليه شرعا، للعرف الذي غلب بين الناس. إلا إذا نص على خلافه في العقد.

١٤. الكتاب كالخطاب.

فقالوا : " إن الكتاب ممن بعد كالخطاب ممن حضر"[١] وقالوا : " الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال حتى اعتبروا مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة " [٢] . وتعليل ذلك كما قالوا : " الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى فإن الكتاب له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر."[3]

وشرط الكتابة :

- أن تكون مستبينة، " فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته "[٤] " لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم"[٥].
- ثم ان تكون " مرسومة"[٦]، " ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرا ومعنونا"[٧] "لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى أن رسول ا صلى ا عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب"[٨].
- ثم أن تكون صادرة عن غائب. فإن كتابة الحاضر لا حكم لها. [٩]
- يتوقف اعتبار مجلس بلوغ الكتاب على نوع التصرف فيعتبر في العقود حيث تتوقف على القبول، أما غير العقود فلا يعتبر مجلس بلوغ الكتاب إلا فيما لا يكفي العلم به بل يتقيد بالمجلس، كتفويض الطلاق.[١٠]

---

[1] السرخسي ، الأصول ، ج١، ص٣٧٦ .
[2] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٣٣٩ .
[3] السرخسي ، المبسوط ، ج٥، ص٢٦ .
[4] الفتاوى الهندبية العالمكيرية ، ج١، ص٣٧٨ .
[5] الكاساني ، البدائع ، ج٣، ١٠٩ .
[6] الكاساني ، البدائع ، ج٣، ص١٠٩ .
[7] الفتاوى الهندية ، ج١، ٣٧٨ .
[8] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٣، ص١٠٩ .
[9] أحمد الزرقا ، شرح القواعد . ص٣٤٩ .
[10] أحمد الزرقا ، شرح القواعد . ص٣٤٩ .

١٥. الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.

" الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق في جميع العقود كالبيع والإجارة والهبة والرهن والنكاح"[1]. و " إشارة الأخرس كعبارة الناطق في العقود والحلول والدعاوي والأقارير وغيرها " [٢].

ويترتب على ذلك أن من كان قادرا على النطق إذا عبر بالإشارة عوضا عن الكلام لم يكن لإشارته اعتبار، أما إن أصبح عاجزا عن التعبير بالنطق كان لإشارته اعتبار لما أن الضرورة قد حكمت بذلك، حيث ألجأت الضرورة إلى قيام الإشارة مقام العبارة في البيان والتعبير عن الإرادة حيث عجز عن الكلام. [٣]

يقول الزركشي: "ويمكن أن يقال الإشارة إذا اقترن بها قرائن الأحوال أورثت بمجموعها العلم الضروري ونحن نشترط التناهي في نصب الإمارات والعلامات مع الإشارات"[٤].

---

[1] الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ج١، ص ٣٤٣ . السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص ٣١٢ .
[2] الزركشي ،المنثور في القواعد ، ج١، ص١٦٤ .
[3] الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج١ ، ص١٦٤ .
[4] الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج١، ص١٦٤ .

المطلب الخامس : أثر طبيعة الالتزام في تحديد نطاق العقد :

لا يكتفى في تحديد مضمون العقد الرجوع إلى ورد في صيغته، ذلك أن مضمون العقد يشتمل كذلك على مستلزمات العقد[١] وما تتطلبه طبيعته من متعلقات وملحقات، وهو ما يسمى بطبيعة الالتزام، والتي هي كما يقول السنهوري " تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات"[٢]. فطبيعة الالتزام تقضي بتبعية الملحقات للعين وبالتالي تحديد ما يلحِقُه العقد بالعين من أشياء بحسب طبيعة الالتزام، مما يدلنا على أهمية طبيعة الالتزام في تحديد نطاق العقد. وقد ورد بالفقه الإسلامي من القواعد الفقهية ما يحدد ملحقات العقد وتوابعه وما تستلزمه طبيعته من ملحقات، وإن لم يذكرها العاقدين في عقدهما.

القواعد الراجعة إلى طبيعة الالتزام، كمحدد لنطاق العقد.

١. التابع تابع [٣]

التابع لغة : من " (تبع) التاء والباء والعين أصل واحد. ...، وهو التلُو والقَفْو[٤]، وتَبِع الشيء تُبوعاً : سار في إِثْرِهِ[5]، وتَبِعه لَحِقَه [6].

أما اصطلاحا : فالتابع هو ما لا يوجد مستقلا بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره [٧].

ومعنى القاعدة، أنه إذا كان شيء ما تابعا لأصل ما في وجوده فإنه يترتب على ثبوت حكم لذاك الأصل " ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل "[8] وبالتالي فإنه " لا يفرد بالحكم "[٩]

وهذا التابع إما أن يكون :

- " جزءا مما يضره التبعيض " [١٠] مثل " الحمل يدخل في بيع الأم تبعا، ولا يفرد بالبيع"[١١].

---

[1] سلطان ، أنور،(١٩٨٧)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) عمان،الجامعة الأردنية،،ط١،ص٢٠٨.

[2] السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦ ، ص٤٩ .

[3] ابن نجيم ،الأشباه ، ج١، ص١٢٠ . السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٧.

[4] ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، (ت ٣٩٥ هـ) . معجم مقاييس ، ٦م ، (تحقيق عبد السلام هارون) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٩ . ج١، ص٣٦٢ .

[5] الزبيدي ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، (ت ١٢٠٥ هـ) . تاج العروس من جواهر القاموس ، ٤٠م ، دار الهداية . ج٢٠، ص٣٧٢

[6] المصباح المنير ، ج١، ص٧٢ .

[7] محمد بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية . ج٢ ، ص١٥٨ .

[8] السرخسي ، المبسوط ، ج٢، ص١٣٣ .

[9] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .

[10] أحمد الزرقا ، شرح القواعد . ص٢٥٣

[11] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص .١٢٠

- أو وصفا فيه [١]، إذ إن "الصفة تابعة لموصوفها فلا تفرد بحكم " [٢] " ومنها قولهم: صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط لأنها تابعة؛ فلو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل لم يسقط ولا يتمكن المستحق من مطالبته في الحال في الأصح لأنه صفة في الدين الموصوف بأنه مؤجل، تابعة والصفة لا تفرد بالإسقاط "[٣] على أن " شرط الْقَاعِدة أَن لَا يكُون الْوصفُ مِما يفْرد بِالْعقْدِ، كالرهن والكفيل بخلاف الأجل فإنه وصف لازم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل "[٤]. وهذا عند الشافعية أما الحنفية فلا يتبعون الأجل أي لا يعدونه تابعا، يقول ابن نجيم في الأشباه " لو قال المديون تركت الأجل أو أبطلته أو جعلت المال حالا فإنه يبطل الأجل كما في الخانية، وغيرها ؛ مع أنه صفة للدين"[٥].
- أو ضرورة من ضروراته [٦] مثل "الشرب، والطريق يدخُلَان فِي بيع الْأَرض تَبعا، ولَا يفْردان بِالْبيعِ علَى الْأَظْهر".

وقد اشتملت المادة (٢٢٨) من القانون المدني الأردني على هذه القاعدة الفقهية بالإضافة إلى القاعدة الفقهية التالية الذكر في نص واحد حيث جاء فيها: "التابع تابع ولا يفرد بالحكم"[٧].

٢. التابع لا يفرد بالحكم.

وهذه القاعدة تتمة لما قبلها وموضحة لها، ومعنى القاعدة أن الحكم إذا ثبت للأصل فإنه بثبوته في الأصل يثبت في التابع. فإذا كان التابع تابعا و إذا كان "الحكم في الفرع إنما ثبت لثبوته في الأصل"[٨]، فإن التابع "لا يفرد بالحكم لأنه إنما جعل تبعا"[٩] ولا يستقل التابع بحكم دون حكم الأصل. وبالتالي فإن "ما كان تبعا لغيره من العقد لم يجز أن يفرد بالعقد"[١٠] وبالتالي فإن كل ما أدخله العرف تحت مسمى المبيع فإنه داخل في البيع، وإن لم يذكر صراحة في العقد.

ومن الفروع على القاعدة

-"الشرب والطريق يدخلان في بيع الأرض تبعا ولا يفردان بالبيع على الأظه"[١١].

-" ومنها الحمل يدخل في بيع الأم تبعا لها فلا يفرد بالبيع، والهبة كالبيع "[١].

---

[1] أحمد الزرقا ،القواعد . ص٢٥٣ .
[2] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص١٢٠.
[3] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٨ .
[4] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٨.
[5] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .
[6] أحمد الزرقا ، شرح القواعد . ص٢٦١ .
[7] المذكرات الإيضاحية ، (م٢٢٨) ، ص٢٤٢ .
[8] الشيرازي ، ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادب أبو إسحاق ، (٤٧٦ هـ) . التبصرة في أصول الشافعية ، ط١، ١م ، (تحقيق د.محمد حسن هيتو) ، دار الفكر ، بيروت ١٤٠٣هـ . ج١، ص٢٧٥ .
[9] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٧.
[10] الماوردي ، الحاوي ، ج٧، ص١١١٢ .
[11] ابن نجيم ،الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .

٣. ما اتصل بالمعقود عليه اتصال قرار تبعه في العقد.

فما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له، يدخل معه في البيع، والقرار هو الحال الثاني بمعنى "أن كل ما كان متصلا بالبيع اتصال قرار وهو ما وضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعا وما لا فلا ".[٢] أي بعد أن يوضع لا لأن يفصل، وبناء على ذلك فإن ما يتناوله اسم المبيع عرفا يكون داخلا في العقد وإن لم يذكر صراحة. ومن الفروع الفقهية على القاعدة:

- من باع دارا دخلت مفاتيح أبوابها في البيع، ذلك أن المفاتيح تابعة للأبواب، والأبواب متصلة بالبناء للبقاء، فصارت كالجزء منها فتدخل في البيع [٣].
- وكذلك يدخل الشجر في بيع الأرض، بخلاف الزرع والثمرة، لأن اتصالهما ليس للقرار[٤].

٤. من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته.

وفي صيغة أخرى للقاعدة: "من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه"[5]. وملك ما هو من ضرورات الشيء يشمل العين والتصرف. فإذا اشترى رجل دارا مثلا ملك الطريق الموصلة إليها ولو لم ينص على ذلك في العقد. لأن الانتفاع بالدار يستلزم امتلاك الطريق أيضا، إذ الطريق من ضرورات الدار[٦].

وإذا اشترى أرضا يحق له إنشاء ما يشاء من البناء، كما يحق له أن يحفر في أعماقها[7].

٥. إذا سقط الأصل سقط الفرع

ومعنى القاعدة أن ما كان وجوده أصلا لوجود شيء آخر كان ذلك فرعا له وتابعا له في الوجود[٨]، ومفاد القاعدة أنه "وجب أن يكون رفع حكم الأصل موجبا لرفع حكم الفرع لاستحالة بقاء الفرع دون أصله"[٩]، وتعليل ذلك "أن الحكم في الفرع إنما ثبت لثبوته في الأصل فإذا بطل

---

[1] ابن نجيم ،الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .
[2] ابن عابدين ، الحاشية ، ج١٨ ، ص ٣٥٢ .
[3] الموصلي الحنفي ، عبد الله بن محمود بن مودود ، (ت ٦٨٣ هـ) . الاختيار لتعليل المختار ، ط٣، ٥م، (تحقيق عبد اللطيف محمد بن عبد الرحمن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٥. ج٢، ص٦ .
[4] الموصلي ،الاختيار لتعليل المختار ، ج٢، ص٦ .
[5] الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي ، (ت ٧٤٣ هـ) . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ٦م ، ٣ج ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ . ج٥، ص١٥٨ .
[6] أحمد الزرقا ، القواعد ٢٦١ . علي حيدر ، ج١ ، ٥٣ .
[7] علي حيدر ، شرح المجلة . ج١ ، ص١٤٨ .
[8] محمد بورنو ، ج٣،ص١٦٥ .
[9] الزركشي ،البحر المحيط ، ج٣، ص٢١٥.

الحكم في الأصل وجب أن يبطل في الفرع"[1]، وهذه القاعدة الفقهية هي نص المادة (٢٢٩) من القانون المدني الأردني [2].

و من فر و عه :

أنه في الضمان إذا برئ الأصيل فإن الضامن يبرأ، ذلك أن الضامن فرع عن الأصيل فإذا سقط الأصل سقط الفرع بخلاف لو كان العكس منه[3]. كما أن "رفع حكم الفرع لا يوجب رفع حكم الأصل إذ لا يلزم من رفع التابع رفع المتبوع" [4].

٦. يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها. [5]

أي أنه يتسامح في التابع ما دام تابعا في العقد، فإن صار مقصودا في العقد فإنه لا يتسامح فيه، كما كان يتسامح فيه لو ظل تابعا للمقصود في العقد.

من الفروع على القاعدة :

- "البيع الضمني -أي بيع ما كان متضمنا بالعقد وتابعا للمقصود منه- يغتفر فيه ترك الإيجاب و القبول و لا يغتفر ذلك في البيع المستقل[6]"
- " لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع في الحال فإن باعه مع الأرض جاز تبعا"[7].

٧. التابع لا يتقدم على المتبوع.[8]

قلنا أن التابع هو ما كان مبتنى على غيره في وجوده وبالتالي فإنه يتبعه في الحكم، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز أن يتقدم التابع على المتبع في العمل، وإلا تقدم عليه في الحكم، وهذا لا يجوز لأن التابع تبع لأصله في الحكم.

من الفروع على القاعدة:

ما "لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح"[1].

---

[1] الشيرازي ، التبصرة ، ج١، ص٢٧٥ .
[2] المذكرات الإيضاحية ، (م٢٢٩) ،ص٢٤٢ .
[3] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٩ .
[4] الآمدي ، أبو الحسن سيد الدين علي بن محمد بن سالم الثعلبي ، (ت٦٣١ هـ) .الإحكام في أصول الأحكام ، ط١، ٤م ، (تحقيق د. سيد الجميلي) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٤٠٤ هـ ، ج٣، ص١٨٠ .
[5] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .
[6] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١٢٠ .
[7] السيوطي ، الأشباه ، ص١٢١ .
[8] السيوطي ، الأشباه ، ج١، ص١١٩.

٨. إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه [٢].

"وهو معنى قولهم : إذا بطل المتضمن (بالكسر) بطل المتضمن (بالفتح)"[٣]. والمعنى من القاعدة أن ما ابتنى ضمن شيء آخر بحيث كان ثابتا ضمنا عند ثبوت المتضمن، فإنه ببطلان المتضمن يبطل ما ثبت ضمنا وينتفى حكمه، ذلك أن حكمه ما ثبت له إلا لأنه ثبت لأصله الذي تضمنه تبعا.

فقالوا: "لو أبرأه أو أقر له ضمن عقد فاسد فسد الإبراء"[٤]. فالإبراء متضمن في العقد، ولما كان الأصل فاسدا كان ما بني عليه فاسد.

وقالُوا: "التعاطِي ضمن عقْد فَاسِدٍ أَو باطِلٍ لَا ينْعِقد بِهِ الْبيع"[٥] فوجود التعاطي كان مبنيا على وجود العقد أساسا له، فلما فسد العقد فسد ما وجد بوجوده.

وهذه القاعدة هي نص المادة (٢٣١) من القانون المدني الأردني[٦].

٩. التوابع لا قسط لها من الثمن.

لما كانت التوابع مندرجة ضمنا في العقد وغير مقصودة بذاتها في العقد، لم يكن لها جزء مستقل من الثمن، لأنها تابعة في الحكم لا تفرد به فتتبع في الثمن ولا تفرد به. لكنها إن أصبحت مقصودة بذاتها في العقد، فإنه يفرد لها ثمن لكونها لم تعد توابعا بل أصولا في العقد.[٧]

من الفروع على القاعدة:

ما لو رهن بقرة حاملا، فولدت عند المرتهن، فإنها وولدها رهن بالدين فإن مات الولد كانت هي رهن بكل الدين لا بما عدا ما يقابل الحمل فقط، لأن الولد تابع في العقد.

بخلاف ما لو اتفقا على قسمة الدين على البقرة وابنها، بحيث أصبح كل منهما أصيلا في العقد، ثم ماتت أو مات ابنها، فإنه يسقط من الدين الأقل من قيمة كل منهما ومن قسطه من الدين. فصار كأن المرتهن قد استوفى جزءا من الدين حكما بموت أحدهما عنده أو بفعله.[٨] لا حقيقةً حيث أن قسط الدين المقابل للرهن الهالك باق في ذمة المدين لكنه باق بلا رهن.

---

[1] السيوطي ، الأشباه ، ص١٢٠. الزركشي ،المنثور في القواعد ، ج١، ص٢٣٧ .

[2] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ٣٩١ .

[3] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص٣٩١ .

[4] ابن نجيم ،الأشباه ، ج١، ص٣٩١ .

[5] ابن نجيم ، الأشباه ، ج١، ص٣٩١

[6] المذكرات الإيضاحية (م٢٣١) ،ص٢٤٢ .

[7] محمد بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٤، ص٥١١ .

[8] محمد بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٤ ، ص٥١١ .

١٠. لا تبع للتابع.

ووردت بلفظ: " التابع هل يكون له تابع ؟" [١]. وبلفظ : " التابع لا يكون له تابع "[٢].

ومعنى القاعدة: أن التابع لا يكون أصلا لتابع آخر، ولا يستتبع غيره فيما كان غيره تابعا فيه، لأنه حينئذ يصير تابعا لتابع.

المطلب السادس : أثر مقاصد الشريعة في تحديد نطاق العقد :

إن في نصوص الفقهاء ما يدل على مراعاة الحاجة في العقد، فنجدها تلحق بالمبيع ما يحقق مصلحته، وتخرج من العقد ما يضر بالمبيع أو البائع، وفي كل ذلك مراعاة لمقاصد الشريعة في المعاملات بين الناس، وبالتالي فإن في مقاصد الشريعة ما يحد نطاق اشتمال العقد، فيخرج من نطاق العقد ويدخل فيه بحسبها.

فمن النصوص الدالة على إدخال ما فيه منفعة للمبيع في العقد ما يلي :

- نجد في بدائع الصنائع النص التالي : " وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود. . فلا يدخل في البيع إلا بالتسمية، فرق بين البيع والإجارة أن الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك إنسان يدخل في الإجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه. والقياس أن لا يدخل في البابين جميعا إلا بالتسمية إلا أنهم استحسنوا في الإجارة؛ لأنها تعقد للانتفاع بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فإنه يعقد للملك، والانتفاع ليس من ضرورات الملك فإنه يثبت الملك فيما لا ينتفع به"[٣].

- في نهاية المحتاج : "كل منفصل توقف عليه نفع متصل كغطاء التنور وصندوق الطاحون والبئر ودرايب الدكان وآلات السفينة"[٤].

- وفي المغني " ومن باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والأوتاد

---

[1] الزركشي ، المنثور ، ج١، ص٢٣٧ .
[2] الزركشي ، المنثور ج١، ص٢٣٧ .
[3] الكاساني ، البدائع ، ج٥، ١٦٤ .
[4] الرملي ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين ، الشافعي الصغير ، (ت ١٠٠٤هـ) . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٨م ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤ . ج٤، ص١٣٢ .

المغروزة والحجر المنصوب من الرحى وأشباه ذلك ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز والأحجار المدفونة"[١].

ومن نصوص الفقهاء في أن ما فيه ضرر بالمبيع أو بأحد العاقدين يخرج من العقد ما يلي:

- قال العز بن عبد السلام: "كل شيء عسر اجتنابه في العقود فإن الشرع يسمح في تحمله كبيع الفستق في قشره وما لا تدعو إليه الحاجة فإنه لا يؤثر في العقود"[٢].
- "فأما إذا كانت لا تتخاص إلا بضرر فاسد كله في حصة الحلية لعدم التقابض وفي حصة السيف لأنه بيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع وابتداء البيع على هذا الوجه مفسد للبيع فكذا في حالة البقاء كما إذا باع جذعا في سقف حتى لو فصل الحلية عن السيف وسلم جاز ويجبر المشتري لتغير صفة المبيع"[٣].
- وقال ابن عابدين "وفي البحر عن الظهيرية اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا أن شرط البائع القطع على وجه الأرض أو يكون في القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض فإن قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى فالنبات للبائع إلا إذا قطع من أعلاها فهي للمشتري"[٤].
- وقال ابن قدامة "فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لا يجوز رد إحداهما وحدها لما فيه من الضرر"[٥].
- وعند ه أيضا: "ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها، كالكنز، والأحجار المدفونة؛ لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها، فأشبه الفرش، والستور، ولا ما كان منفصلا عنها يختص بمصلحتها، كالفرش، والستور، والطعام، والرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير، ولا غرز في الحائط، والحبل، والدلو، والبكرة، والقفل، وحجر الرحى، إذا لم يكن واحد

---

[1] ابن قدامة ، عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد ، (ت ٦٢٠ هـ) . المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ط١، ١٠م، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٥ هـ . ج٤، ص٢١٥ .

[2] العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ج٢، ص٧٦ .

[3] السمرقندي ، علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر ، (ت ٤٥٠ هـ) . تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٤. ج٣، ص٣٣

[4] ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، (ت ١٢٥٢ هـ) . رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ٨م ،دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٠. ج٤، ص٥٥٤ .

[5] ابن قدامة ، المغني ، ج٤، ص٢٦٦ .

منهما منصوبا، والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها، ونحوه؛ لأنه منفصل عنها، لا يختص بمصلحتها، فأشبه الثياب"[١].

[1] ابن قدامة ، المغني ، ج٤، ص٢١٥ .

المبحث الرابع

تنفيذ العقد

المطلب الأول :مفهوم تنفيذ العقد

إن انعقاد العقد صحيحا ينشئ آثارا عقدية تتنوع إلى نوعين :

النوع الأول: ما سبق الحديث عنه وهو الحكم الأصلي للعقد، وتبين فيه أنه الغاية الأساسية من تشريع العقد، إذ العقد وسيلة تحقيقها، مثل انتقال ملكية المبيع من البائع وثبوت ملك المشتري لها، وتبين أيضا أن الشارع هو الذي يرتب الحكم الأصلي للتصرف وينفذه في الوقت نفسه. ففي عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري و ملكية الثمن إلى البائع بمجرد انعقاد العقد انعقادا صحيحا، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد، حيث تتحقق الغاية الأساسية من العقد دون حاجة إلى التنفيذ من قبل العاقدين.

النوع الثاني: الالتزامات التي ينشئها العقد، و هي كما سبق ذكرها: "كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر"، مثل التقابض في عقد البيع، وكون هذا النوع تكليفاً، فإنه - خلاف سابقه – لا ينفذ بمجرد الانعقاد الصحيح بل هو مفتقد إلى التنفيذ[١]، فتنفيذ هذا النوع من الأحكام منوط بإرادة الأفراد لا بإرادة الشارع. وفي المثال السابق فإن التقابض في المبيع والثمن هو عبارة عن قضاء الالتزام الذي التزمه كل من العاقدين من خلال تنفيذ العقد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن انقضاء الالتزامات العقدية يحصل بأحد أمرين :

الأول : بتنفيذ الالتزام، والثاني: بانحلال العقد كما في فسخ العقد الذي ينهي التزام الطرفين الذي التزماه في العقد[٢].

كما وتجدر الإشارة إلى أن لتنفيذ العقد حالتين:

الأول : التنفيذ الحقيقي، مثل تسليم البائع المبيع إلى المشتري وتسليم المشتري الثمن إلى البائع، ومثل وفاء المدين دينه.

الثاني : التنفيذ الحكمي؛ وهو التنفيذ الاعتباري، فإنه يكون "بحصول ما يقوم مقام التنفيذ شرعا، كما في التقاص[٣]".

---

[1] الأستاذ الزرقا ،المدخل ،ج١، ص ٥١٧-٥١٨ .

[2] الأستاذ الزرقا ، المدخل ، ج١، ص٦٠٢ .

[3] الأستاذ الزرقا ، المدخل ، ج١ ص٦٠٢ ، والمقاصة – كما عرفها الزرقا هي : أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه ، فتمتنع المطالبة بينهما قضاء لعدم فائدتها ، غذ لو طولب أحدهما حق له أن يطالب هو الآخر بالمثل . فكأنما كل من الدينين قد قص الآخر أي قطعه .

فتنفيذ العقد إذا هو مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوينه[١]، فيجب على العاقدين بعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح القيام بتنفيذ جميع ما يشمله نطاق العقد من التزامات وتكليفات. وبالتالي فإنه يمكن تعريف تنفيذ العقد بأنه:

قيام كل من المتعاقدين بإيفاء[٢] ما تم العقد عليه من التزامات شملها نطاقه بصورة سليمة.

وذلك تحقيقاً لأمر المولى سبحانه وتعالى في قوله: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[٣].

ونجد في القانون المدني الأردني أيضا نصوصاً تقضي بإلزام المتعاقدين بتنفيذ عقدهما بطريقة سليمة، كما في المادة (١/٢٠٢) ونصها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[٤].

---

[1] الأستاذ مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص٤٨٩، ج١ .
[2] واختارت الباحثة لفظة (الإيفاء) لكونها اللفظة الواردة في الآية الكريمة واستحسانا لما اختاره الدكتور عبد الحليم القوني في كتابه حسن النية وأثره في التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، حيث يرى أن الشارع جل وعلى قد أتى بلفظ دال على الإحسان في تنفيذ العقد إذ أن الوفاء والإيفاء هو الإتيان بالشيء كاملا دون نقص .
[3] سورة المائدة الآية الكريمة (١) .
[4] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (م ١/٢٠٢) ، ص٢٢٩

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ العقد

إن تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي ليس واحدا في كل العقود بل هو مختلف باختلاف طبيعة الالتزام في كل عقد منها، وبالتالي وجب على من يبحث في تنفيذ العقد أن يستعرض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي عقدا عقدا كما يقول الأستاذ السنهوري والنظر في كيفية قيام العاقدين بتنفيذها[١]. ويمكن توصلا لهذه الغاية تقسيم العقود إلى أنواع يجمع كل نوع منها عقودا تشترك بمقومات واحدة، كاشتراكها في طبيعة محل العقد، حيث تؤثر طبيعة محل العقد في كيفية التنفيذ لذا يرى الأستاذ السنهوري تناغم هذا التقسيم مع بحث كيفية تنفيذ العقد، حيث تتنوع محال العقد إلى:

أولا : عقود تقع على الأعيان، حيث تحدث أثرها في نقل الملك:

- معاوضة مثل البيع والقسمة والصلح.
- أو تبرعا كالهبة.
- أو أمانة كالوديعة.

ثانيا : عقود تقع على المنافع، وهذه تحدث أثرها في نقل المنفعة وتمليكها:

- معاوضة كالإجارة والمزارعة والمساقاة.
- أو تبرعا كالعارية.

ثالثا : عقود تنشئ ديونا حيث تحدث أثرها في ترتيب الدين في الذمة، كالبيع والإجارة ينشئان ديونا بالثمن والأجرة في ذمة المشتري والمستأجر، ومثل القرض ينشئ دينا برد مثل القرض في ذمة المقترض.

رابعا عقود تقع على العمل بحيث يكون أثرها الناتج عنها هو الإلزام بعمل معين، مثل عقد الاستصناع، ومثل عقد إيجار العمل.

خامسا : عقود التوثيق حيث يكون أثرها هو توثيق الديون، مثل الكفالة والحوالة والرهن.

سادسا : عقود التوكيل، وأثرها الناتج هو الإلزام بعمل أيضا، مثل الوكالة والشركة والمضاربة[٢].

وسأتحدث عنها تباعا بدأً بالتعاقد على الأعيان:

---

[1] الأستاذ السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦ ، ص٥٢-٥٣

[2] الأستاذ السنهوري ، مصادر الحق ،ج٦، ص٥٣-٥٤

أولا : تنفيذ العقد بنقل ملك الأعيان، وفيه مسائل[١] **:**

الأولى : قد سبق وذكر أن **حكم العقد الأصلي ينْفَذُ بمجرد انعقاد العقد انعقادا صحيحا.** فبمجرد تمام عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع. ونجد في عقود التبرعات استثناء من هذه القاعدة، حيث يتوقف انتقال الملكية فيها على القبض كما في الهبة، حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٢] والشافعية[٣]وكذا الحنابلة[٤] في الراجح عندهم إلى الإلزام بالقبض للتمليك؛ ففي المبسوط "ثم الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا"[٥]، وفي مغني المحتاج "يكون هبة نظرا إلى اللفظ فلا يلزم قبل القبض"[٦]، وفي الكافي "لا تتم هبته إلا بالقبض لأنه نوع هبة فلم تتم قبل القبض"[٧]، هذا وخالف المالكية الجمهور في ذلك حيث تلزم عندهم بتمام العقد ككل تمليك دون شرط القبض، ففي الذخيرة "فالقيمة يوم الهبة لانتقالها بنفس العقد"[٨].

الثانية : أن التكليف الذي ألزم كل من العاقدين نفسه به لا ينْفذ – أي لا ينفذ وحده بل لا بد من تنفيذ طرفي العقد له - **بل لا بد من تنفيذ كل منهما لما التزمه في العقد،** حيث وجب في ذمة البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري، ووجب في ذمة المشتري أن يسلم الثمن للبائع، ولا تبرأ ذمتاهما ولا ينفذ العقد إلا بقيام كل منهما بتسليم البدل[٩]، ويتحدد ما يجب على كل منهما الوفاء به وفقا لما شمله نطاق عقدهما بحسب العوامل التي حددت نطاقه من نص شرعي في العقد، أو شرط بينهما نصا عليه، أو عرف جار يلحق أمرا بالعقد أو يخرج منه أمرا، أو طبيعة الالتزام والتي بموجبها يتبع العين الذي تم العقد عليه تابع، أو ينقطع عنها أمر ما، أو مصلحة في العقد توجب إلحاق أمر ما بالعقد، أو مضرة تقطعه عنه، كما تم تفصيله في المباحث السابقة.

---

1 الأستاذ السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦ ، ص ٥٧ .
2 السرخسي ،المبسوط ، ج١٢، ص٨٣ .
3 الشربيني ، محمد بن أحمد الخطيب ، (ت ٩٧٧ هـ) . مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ٤م ، دار الفكر ، بيروت . ج١٢ ، ص٨٣ .
4 ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام ابن حنبل ، ٤م، المكتب الإسلامي ، بيروت . ج٢ ، ص٤٦ .
5 المبسوط ، السرخسي ، ج١٢، ص٨٣ .
6 الشربيني ، مغني المحتاج، ج٢، ص٤٠٥ .
7 الكافي ، ابن قدامة ، ج٢،ص٤٦ .
8 الذخيرة ، القرافي ، ج٦، ص٢٨٦ .
9 القضاة ، نوح علي سلمان ، (١٩٨٦) . إبراء الذمة من حقوق العباد ، ط١، عمان ، دار البشير . ص٦٦ .

الثالثة : في التقابض، هل يدفع المشتري الثمن أولاً، أم يسلم البائع المبيع أولاً؟

خلاف، فالحنفية والمالكية[١] على أن المشتري يدفع الثمن أولا؛ فنجد عند الحنفية النصوص التالية :" ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا؛ لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين –أي الثمن- بالتعيين؛ تحقيقا للمساواة."[٢] بل بقبضه، "(ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام {الدين مقضي}، وصف عليه الصلاة والسلام الدين بكونه مقضيا عاما أو مطلقا فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا، وهذا خلاف النص."[٣]

أما الشافعية والحنابلة فعندهم أن البائع يسلم المبيع أولاً؛ ونجد عند الشافعية أنه: " إذا (قال البائع)…. : (لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري في الثمن مثله) أي : لا أسلمه حتى أقبض المبيع وترافعا إلى حاكم (أجبر البائع) على الابتداء بالتسليم؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة، فيقدم ما يتعلق بالعين كأرش الجناية مع غيره من الديون"[٤].

و نجد عند الحنابلة قولهم:" فعلى المذهب يسلم المبيع أولا ثم الثمن على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب"[٥].

الرابعة : **أن تنفيذ عقد تمليك العين يجري على زوائد المبيع الناتجة بعد العقد وقبل القبض** كالثمر والنتاج، ففي البحر الرائق "أن زوائِد الْمبِيعِ لِلْمشْتَرِي" وفي روضة الطالبين "في زوائد المبيع قبل القبض والصحيح أنها للمشتري في البيع".

الخامسة : **هل يملك المشتري الحق في التصرف في المبيع قبل قبضه ؟**

خلاف؛ فالحنفية قد فرقوا بين أمرين هما إذا كان تصرفه لا يجوز من غير قبض كالصدقة والهبة فإنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه، وأما ما لو كان تصرفه ما يجوز بغير قبض كالبيع لم يجز ان يتصرف في المبيع قبل قبضه[٦].

---

[1] الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، (ت ١٨١٥ هـ) . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٤م ، (تحقيق محمد عليش) ، دار الفكر ، بيروت . ج٣ ، ص١٤٧ .

[2] المرغيناني ، الهداية ، ج٣، ص٢٧ .

[3] الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥، ص٢٤٩ .

[4] الشربيني ،مغني المحتاج ، ج٢، ص٧٤ .

[5] المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ط١، ١٢م ، (تحقيق محمد حامد الفقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤١٩ هـ . ج٤ ، ص٣٣٠
ج٤، ص٣٣٠ .

[6] الفتاوى الهندية ، ج٣، ص١٣ .

أما المالكية فأجازوا ذلك، إلا أنهم اختلفوا في بيع الطعام، يقول ابن رشد في بداية المجتهد: "وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان إحداهما المنع وهي الأشهر، وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهما اشترطا مع الطعام الكيل والوزن، والرواية الأخرى الجواز."

أما الشافعية فقد منعوا من ذلك، قال الشافعي في الأم: "فَمن ابتَاع شيئا كَائِنًا ما كان فلَيس له أَن يبيعه حتى يقْبِضه ".

ثانيا : تنفيذ العقد بنقل المنفعة [١]

إن تملك المنفعة يحصل في الشريعة الإسلامية بطريقين :

الأولى : طريق ملك العين وبالتالي ملك منفعتها.

والثاني : طريق التعاقد مع مالك العين على منفعتها فقط، كما في الإجارة[٢].

واستيفاء المنفعة يكون بحسب طبيعة العين وما أعدت له. ورد في البدائع "إلا أن المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى، والأراضي بالزراعة، والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل، والأواني والظروف بالاستعمال، والصناع بالعمل من الخياطة، والقصارة ونحوهما، وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما في أجير الواحد حتى لو سلم نفسه في مدة استئجاره على العمل ولم يعمل يستحق الأجر".[٣]

-ففي إجارة الأعيان، إذا تم عقدها فإن على المؤجر تسليم العين المؤجرة وضروراتها أولا ثم تستحق الأجرة[٤].

-كما ويلتزم المستأجر برد العين عند انتهاء مدة الإجارة، ويد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة، بحيث لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير[٥].

---

[1] السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦، ص٦٧ .

[2] القضاة ، إبراء الذمة ، ص١٠٧ .

[3] الكاساني،البدائع ، ج٤، ص١٧٥ .

[4] الشربيني،مغني المحتاج ، ج٢،ص٣٥٨.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس ، (ت ١٠٥١ هـ) .الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع ، (تحقيق سعيد اللحام)، دار الفكر ، بيروت . ج١، ص٢٦٨ .

[5] القرافي،الذخيرة ، ج٥، ص٥٠٢ . الماوردي،الحاوي ، ج٧، ص ١٠٥١. الأنصاري،أسنى المطالب ج٢، ص٤٢٤ . المرغناني،

- في حين يقوم المستأجر بتسليم الأجرة كاملة[١].

<u>ثالثا : تنفيذ العقود المنشئة ديونا في الذمة</u> [٢]،

تتنوع الديون[٣] التي تترتب في الذمة إلى أنواع ثلاثة :

- فقد تكون أثمانا، فإذا كان أغلب ثمن المبيع نقدا أو مثليات، كان هذا الثمن دينا في ذمة المشتري ووجبت تأديته في الحال ما لم يكن متفقا على تأجيله أو تقسيطه.

- ثم قد تكون الديون أجورا، فعند تمام عقد الإيجار إن كانت الأجرة نقدا أو من المثليات نشأ الدين في ذمة المستأجر وألزم بسداده.

- ثم قد تكون الديون قروضا[٤]، "ولعل القرض من أبرز الصور التي يظهر فيها انشغال الذمة بحق الغير، فإن المقترض يأخذ مال غيره ليرد إليه مثله، ولذا <u>فإن الالتزام الناتج عن هذه المعاملة يقع على عاتق المستقرض</u>"[5]، أما وقت وجوب التنفيذ فهو الأجل الذي حدده المقرض، لكن إذا طلب المقرض ماله قبل أن يحين الأجل فالجمهور على أن للمقرض المطالبة بدينه قبل حين الأجل فقال الحنفية : "(فلا يلزم تأجيله) أي أنه يصح تأجيله مع كونه غير لازم فللمقرض الرجوع عنه"[٦]، وقال الشافعية: "فعلى هذا يصح العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح لأنه عقد يمتنع فيه التفاضل فامتنع فيه الأجل كالصرف لكن يندب الوفاء بالأجل لأنه وعد كما في تأجيل الدين الحال"[٧]، وعند الحنابلة: "(ولرب قرض طلب بدله)؛ أي: القرض من مقترض (فورا)؛ أي: في الحال (لثبوته)في ذمته (حالا- ولو مع تأجيله-) لأنه سبب يوجب رد المثل أو القيمة"[٨].

أما المالكية فقالوا أنه ليس له ذلك، "ومن أقرض رجلا شيئا إلى أجل فليس له مطالبته به قبل الأجل ولو رده إليه المقرض قبل أجله لزمه قبوله عرضا كان أو عينا"[٩].

الهداية ، ج٣، ص٢٤٤ .
[1] القضاة ، إبراء الذمة ، ص١٠٨.
[2] السنهوري ، مصادر الحق ، ج٦ ، ص٨٠ .
[3] عرفها الجرجاني في التعريفات بقوله " الدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء " ، ص١٤١ .
[4] والقرض شرعا " ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه ، فلا يصح في القيميات وكل متفاوت ، والدين أعم منه ." التعريفات الفقهية ، لمحمد البركتي .
[5] القضاة ، إبراء الذمة ، ص٢٠٠ .
[6] حاشية ابن عابدين ، ج٥، ص١٥٨ .
[7] الشربيني ،مغني المحتاج ، ج٢، ص١٢٠ .
[8] الرحيباني ، مصطفى السيوطي الرحيباني ، (ت١٢٤٣ هـ) . مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، ٦م ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ١٩٦١ . ج٣، ص٢٤٠
[9] الخطاب الرعيني ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، (ت٩٥٤ هـ) . مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، (تحقيق زكريا عميرات) ، دار عالم الكتب ، ٢٠٠٥ . ج٦، ص٥٢٨ .

رابعا : تنفيذ العقد الملزم بعمل معين [١]

والإلزام بعمل معين قد يكون إلزاما بعمل مادي معين كما في عقدي المزارعة والمساقاة حيث ينفذ العامل العقد فيهما بأداء العمل المتفق عليه.

و قد يكون إلزاما بالتسليم، كما في عقدي البيع وإيجار الأشياء، التي تلزم العاقد القيام بتسليم أشياء معينة بحسب كل عقد.

وقد يكون إلزاما بالحفظ، كما في عقدي الوديعة[٢] والعارية[٣] والإيجار، حيث يلزم العاقد القيام بحفظ أمور معينة بحسب كل عقد.

ففي العارية مثلا يكون الملزم بتنفيذ التزامه برد العارية هو المستعير، لأنه يقبض مال الغير لينتفع به، فيلزمه إعادته إليه. فلا تبرأ ذمة المستعير إلا بردها إذا كانت باقية. أما لو هلكت بتعدي المستعير أو تقصيره لزمه ضمانها باتفاق الفقهاء[٤].

وقد يكون العقد ملزما بتنفيذ وكالة[٥]، حيث يلزم العاقد حينها بالقيام بعمل معين لصالح الموكل. ويختلف ما يلزم بتنفيذه باختلاف العمل الذي تعاقدا على التوكيل فيه، فقد يكون بيعا أو شراء، أو إجارة، أو رهنا، أو إيداعا، أو هبة، أو غيرها من المعاملات الجائز فيها التوكيل.

فإذا قامت الوكالة فإن على الوكيل القيام بأمور منها:

١- إذا تم القبض من الوكيل فإن يده يد أمانة باتفاق الفقهاء، بمعنى أنه يلزم بحفظها لكنه لا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير[٦].

٢- الالتزام بما وكل به فلا يخالف الموكل، فإن وكل بشراء عين ما فلا يشتري غيرها وإلا فقد اختلف الفقهاء في حكم المسألة؛

---

1 السنهوري ، المصادر ، ج٦ ، ص٨٥ .

2 يقول الجرجاني في التعريفات عند تعريف الوديعة " الوديعة هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا ، واحترز بالقيد الأخير من الأمانة وهي ما وقع في يده من غير قصد كإلقاء الريح ثوبا في حجر غيره وكالعبد الآبق في يد آخذه واللقطة في يد واجدها وغير ذلك والفرق بينهما بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والأمانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه ويبرأ في الوديعة عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ في الأمانة " . ص٣٢٥ .

٣ عرفها الجرجاني في التعريفات بقوله " العارية هي بتشديد الياء تمليك منفعة بلا بدل . فالتمليكات أربعة أنواع فتمليك العين بالعوض بيع وبلا عوض هبة وتمليك المنفعة بعوض إجارة وبلا عوض عارية " ، ص١٨٨.

4 القضاة ، إبراء الذمة ، ص٢٠٦ .

5 والوكالة شرعا " تفويض أحد أمره لآخر وإقامته مقامه " التعريفات الفقهية ، محمد البركتي ، ص٢٣٩ .

6 الفتاوى الهندية ، ج٦، ص٤٥٢ . ابن عليش ، فتح العلي المالك ، ج٥، ص١٨٤ . النووي ، روضة الطالبين ، ج٤، ص٣٢٥ . البهوتي ، كشاف القناع ، (تحقيق هلال مصيلحي هلال) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٢ هـ. ج٣، ص٤٦٩ .

- فالحنفية على أن العقد فيما اشترى خلاف ما وكل به غير ملزم للموكل وملزم للوكيل. وفي الفتاوى " وكُلما خَالَفَ الْوكِيلُ في جِنْسِ ما أَمره بِالصلْحِ أو وصفِهِ جاز على الْوكِيل دون الْموكل ".
- والمالكية على أن الموكل مخير بين الإمضاء والرد فقالوا: "أن الوكيل على الشراء إذا خالف مخالفة توجب للموكل الخيار كأن زاد كثيرا في اشترائه أو اشترى غير لائق أو نحو ذلك فإن الوكيل يلزمه ما اشتراه حيث لم يرضه موكله وكلام المؤلف مقيد بما إذا كان البيع على البت أو على خيار البائع وأمضى وإلا فلا يلزم الوكيل المبيع وله رده"[1].
- والشافعية فرقوا بين ما إذا كان الشراء بعين مال الموكل أو شراء في الذمة [2] فقالوا " متى خالف الموكلَ في بيع ماله أو الشراء بعينه فتصرفه باطل –أي لا يقع للموكل ولا للوكيل- ولو اشترى في الذمة ولم يسم الموكل وقع للوكيل "[3].
- والحنابلة كالشافعية في ذلك إلا أنهم جعلوا للموكل في حالة شراء الوكيل في الذمة الخيار بالإجازة أو الرد فقالوا: "إذا اشترى غير ما أمر بشرائه، بثمن في ذمته، فإن الشراء صحيح، ويقف على إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه، وعليه الثمن، وإن لم يقبل، لزم الوكيل"[4]. هذا ما يتعلق في عدم مخالفة الوكيل للموكل فيما وكله بشرائه.

٣- أن يكون عمله في مصلحة الموكل وماله، فلا يشتري مثلا بغبن فاحش[5]، وإلا فالفقهاء في إلزامه بما اشترى على الخلاف السابق.

خامسا : تنفيذ عقود توثيق الديون [6]

مثل الرهن[7] الذي ينعقد بالإيجاب والقبول، والذي لا يتم ولا يلزم على الراهن إلا إذا قبضه المرتهن قبضا تاما[1]، وللمرتهن بعدها حبسه عنده إلى حين الوفاء.

---

[1] الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ج٦، ص٧٤ .
[2] وقد بين الدكتور نوح القضاة الفرق بين الشراء بعين المال والشراء في الذمة ، فالشراء بعين المال يكون ما لو قال في العقد " اشتريت هذه السلعة بهذه الدنانير أو بهذه العين – إن كان الثمن عروضا - ، أما الشراء في الذمة فهو ما لو قال اشتريت منك هذه السلعة بمئة دينار دون أن يعينها ، وهو ما تتم به أغلب العقود في وقتنا . / إبراء الذمة ، ص٢٧٠ .
[3] النووي ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ،١م ، دار المعرفة ، بيروت . ج١، ص٦٥ .
[4] ابن قدامة ، المغني ، ج٤، ص٢٩٦ .
[5] جاء في التعريفات " الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل ما لا يتغابن الناس فيه ، الغبن اليسير هو ما يقوم به مقوم واحد " ، ص٢٠٧ .
[6] السنهوري ، المصادر ، ج٦، ص ٩٠ .
[7] يقول الجرجاني في تعريف الرهن " الرهن هو في اللغة مطلق الحبس وفي الشرع حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين ويطلق على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر " . ص١٨١ .

لكن تبقى على الراهن نفقة الرهن لأنه ملكه باتفاق الفقهاء[٢] فنجد عند الحنفية من النصوص مثلا؛ "الباب الرابع في نفقة الرهن وما شاكلها والأصل فيه أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فعلى الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن؛ لأن العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه"[٣]، وكذا عند المالكية؛ "أن نفقة الرهن ومؤنته على الراهن"[٤]، ونجد عند الشافعية؛ "والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن"[5]، وأخيرا نجد عند الحنابلة؛ "ومؤنة الرهن على الراهن"[٦].

وعند الوفاء بالدين يلزم المرتهن بجعل الرهن في محل التسليم، ويلزم الراهن بعدها بوفاء الدين، ثم يسلم المرتهن الرهن. والعلة في ذلك ذكرها الزيلعي في تبيين الحقائق بقوله: "(ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه والراهن بأداء دينه أولا) أي إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولا ليعلم أنه باق ؛ ولأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء ؛ لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل، وإذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا، وهو المراد بقوله والراهن –أي بإحضار الرهن- بأداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن أولا لما ذكرنا"[٧].

---

[1] السنهوري ، المصادر ، ج٦ ، ص ٩٢ .
[2] القضاة ، إبراء الذمة ، ص٩٥ .
[3] الفتاوى الهندية ، ج٥، ص٤٥٤ .
[4] العبدري ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، (ت٨٩٧ هـ) . التاج والإكليل لمختصر خليل، ٦م ،دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٨ هـ . ج٥، ص٢٣ .
[5] الماوردي ،الحاوي ، ج٦، ص٤٢٤.
[6] ابن قدامة ، المغني ، ج٤، ص٤٧٤.
[7] الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٦، ص٦٦ .

المطلب الثالث : حسن النية في تنفيذ العقد

ويقصد بوجوب تنفيذ العقد بحسن النية، "ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة، وتوخي القصد والاعتدال في تنفيذ العقد، حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالا على العاقد الآخر"[١].

الفرع الأول : معايير حسن النية في تنفيذ العقد

هناك معياران لتمييز توافر عنصر حسن النية من عدمه هما المعيار الذاتي وقوامه نية العاقد والآخر مادي قوامه الاعتداء بعرف التعامل، لكن قد يصعب تمييز نية العاقد من خلال اعتبارات نفسية، بل لابد من تبلورها في سلوك أو تصرف معين ينم عن اتجاه النية. ويتم تقدير السلوك بالرجوع

أولا : إلى معيار ذاتي، قوامه نفسية العاقد.

وثانيا : إلى معيار مادي موضوعي، تفرضه طبيعة التعامل وشرف التعامل بينه وبين العاقد الآخر.[٢]

نخلص من ذلك إلى أن هناك معيارين يرجع إليهما في تقدير حسن النية، ويتمثلان بما يأتي:

أولا : المعيار الذاتي : ويقصد به، "انتفاء نية الخروج على أحكام الشارع ومقاصده في التصرفات المشرعة"[٣]. فقوام هذا المعيار هو نية المتعاقد، وأساسه في الشريعة قوله صلى ا عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"[٤]. ويلزم في تبين هذا استكشاف محركات الإرادة ودوافعها في قصد الإضرار بالغير، أو تحقيق مصلحة مغايرة للمصلحة التي شرع الحكم من أجلها، وبالتالي فإن المعيار الذاتي يشتمل على عنصرين:[5]

---

[1] الوسيط ، ج٢، مجموعة مؤلفين، ص١٠٠٦، نقلا عن سليمان مرقس ، ص٣٥٠ فقرة ٢٦٣.
[2] الجبوري ، ياسين محمد الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني ، ج١، م٣، ص٢٥١ .
[3] القوني ، عبد الحليم عبد اللطيف ، (٢٠٠٤) . حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، السكندرية ، دار المطبوعات الجامعية . حسن النية ، ص٢٦١ .
[4] أخرجه البخاري ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث رقم ١، ج١، ص٣ .
[5] الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، دار البشير ، عمان ، ومؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط٢، ١٩٩٨ . ص ٢٤٢ وما بعدها .

الأول : انتفاء قصد الإضرار بالغير، وهذا أمر نفسي وهذا ما يجعل الكشف عنه أمرا عسيرا، في سبيل ذلك يستعان لمعرفته بالقرائن الظاهرة المحيطة بظروف التصرف.

وقصد الإضرار بالغير محرم شرعا، ومن الآيات الكريمة الدالة على تحريمه قوله عز وجل {لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده}[١].

قال ابن كثير في تفسيرها : " أي: لا تدفعه عنها لتضر أباه بتربيته، . .... إن كانت مضارة لأبيه فلا يحل لها ذلك، كما لا يحل له انتزاعه منها لمجرد الضرار لها. ولهذا قال: { ولا مولُود لَه بِولَدِهِ} أي: بأن يريد أن ينتزع الولد منها إضرارا بها، قاله مجاهد، وقتادة، والضحاك، والزهري، والسدي، والثوري، وابن زيد، وغيرهم"[٢]، ومن الهدي النبوي في ذلك قوله صلى ا عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[٣].

ويقول الإمام الشاطبي في قصد الإضرار بالغير وحكمه: "فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"[٤].

لكن ما ذكر من عسر الكشف عن قصد الضرر جعل الفقهاء يضعون طرقا تكشف عنها من خلال ظواهر مادية تدل على قصد الإضرار، منها:

١- انعدام المصلحة الجدية المشروعة، ذلك أن تصرف الإنسان ناشئ عن إرادة تحقيق منفعة، ويندر كونه ناشئا لمجرد العبث، فإذا حدث وتجرد التصرف عن إرادة تحقيق منفعة، فإنه إما أن يكون عابثا وهذا لا عبرة به إذ هو نادر، أو أن يقصد ضررا وهو الغالب الذي ينظر إليه في الحكم. ولكن يجب هنا التحقق من عدم إمكانية تحقق منفعة إطلاقا[٥].

٢- العلم بالضرر الناتج عن التصرف وبكونه سيلحق بالغير[٦]، يقول الشاطبي في هذا المظهر و حكمه:

---

1 سورة البقرة ، الآية الكريمة ٢٣٣ .

2 ابن كثير ، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمروالبصري ، (ت٧٧٤ هـ) . تفسير القرآن العظيم ، ط٢،٨م ، (تحقيق سامي بن محمد سلامة) ، دار طيبة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٩ . ج١،ص٦٣٤ .

3 الحاكم ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، (ت٤٠٥ هـ) . المستدرك على الصحيحين ، ط١، ٤م ، (تحقيق مصطفى عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٠ .
والحديث أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ، عن أبي سعيد الخدري ، وقال " حديث صحيح لإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ، الحديث رقم ، ٢٣٤٥ ، كتاب البيوع ، ج٢، ص٦٦ .

4 الشاطبي ، الموافقات ، ج٢، ص٥٥ .

5 الدريني ، فتحي ، (١٩٩٨) . التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي . ط٢، عمان ، دار البشير ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ص٢٤٦ . القوني ، حسن النية ،ص٢٦٩ .

6 الدريني ، التعسف في استعمال الحق ، ص٢٤٧ .

"وهو أن لا يلحق الجالب أو الدافع ضرر ولكن أداءه إلى المفسدة قطعي عادة فله نظران نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه ونظر من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار. ....، فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين إما تقصير فى النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدى على الجملة".[1]

فالتصرف دون ابتغاء منفعة جدية مشروعة إذا لزم عنه الإضرار بالغير هو تصرف يستخلص منه سوء نية وقصد إضرار بالغير، فيمنع.[2]

الثاني : انتفاء نية التحايل أومناقضة قصد الشارع من الأحكام[3]، يقول الإمام الشاطبي في ذلك ما نصه: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقا لقصده فى التشريع" ويقول في حكم التحيل أو المناقضة لقصد الشارع: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما وضعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"[4].

ومثال ذلك أن البائع لو باع السلعة بعشرة دنانير إلى أجل، ثم اشتراها من المشتري بخمسة نقدا، فإن حقيقة ذلك هي التوصل إلى مفسدة [5]. يقول الإمام الشاطبي في ذلك: "والسلعة لغو لا معنى لها في هذا العمل، لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء"[6].

فينبغي في تنفيذ الأحكام الشرعية موافقة المقاصد التي من أجلها وضعت لها تلك الأحكام، وفي حال ناقض المكلف قصد الشارع في تصرفه كان تصرفه باطلا.

ثانيا : المعيار الموضوعي (المادي)، وهو معيار التوازن بين المصالح المتعارضة وانتفاء الضرر الفاحش في التصرفات [7].

فتصرف الإنسان لا بد وأن ينتج عنه مصلحة أو مفسدة، وإذا تعاقد اثنان على أمر ما فإنه لا بد وأن ينتج عن تنفيذهما للعقد مصالح متعارضة كما قد تنتج عنه مفاسد وهنا لا بد من

[1] الشاطبي ، الموافقات ، ج٣، ص٧٣ .
[2] الدريني ، التعسف ، ص٢٥١ .
[3] الدريني ، التعسف ، ص .٢٥٢
[4] الشاطبي ،الموافقات ، ج٣، ص٢٧ .
[5] الشاطبي ، الموافقات ، ج٥، ص ١٨٣.
[6] الشاطبي ، الموافقات ، ج٥، ص١٨٣ .
[7] الدريني ، التعسف ،ص٢٤٢ .

ترجيح بين المصالح المتعارضة بناء على ما نجده في التشريع الإسلامي من تمييز بين درجات المصالح الضرورية[١] والحاجية[٢] والتحسينية[٣]. فإنه إذا تعارضت مصلحة أحد العاقدين الضرورية مع المصلحة الحاجية للعاقد الآخر رجحت الضرورية لأفضليتها على الأخرى شرعا، ومنع صاحب الحاجية من تنفيذها، هذا بالنسبة إلى المصالح المتعارضة بين المتعاقدين.

وكذلك بالنسبة للضرر الفاحش وهو ما عرفته المادة (١١٩٩) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "والضرر الفاحش: كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى، أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً ويكون سبب انهدامه".[٤] فإنه إذا ترتب على التصرف فإنه ينظر إلى مآل الفعل أو التصرف وهو ما نتج من ضرر فاحش، ولا يلتفت إلى النوايا والقصود.

ومن الأمثلة على ذلك أنه لا يجوز لأحد العاقدين التمسك بالتنفيذ إذا نتج عن التنفيذ إضرار بالعاقد الآخر كما في حالة الظروف الطارئة. كما لا يجوز لأحد العاقدين إنهاء العقد اللازم [5]إذا كان في ذلك إضرار بالآخر.[٦]

ومن الأمثلة على ذلك أيضا ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٠٠) من أنه "يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان، مثلا لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون وكان يحصل من طرق الحديد ودوران الطاحون وهن لبناء تلك الدار أو أحدث فرن أو معصرة بحيث لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان أو الرائحة الكريهة فهذا كله ضرر فاحش فتدفع هذه الأضرار بأي وجه كان وتزال."[٧]

وإحداث الضرر الفاحش يحدث إخلالا بالتوازن بين المصالح المتعارضة والتي سعت الشريعة الإسلامية إلى توازنها لما في ذلك من تحقيق العدل الذي هو سنن الشريعة في كل تشريعاتها.

---

[1] يقول الإمام الشاطبي في تعريفها : " فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين " . ج٢، ص١٧

[2] ويقول فيها الإمام الشاطبي: " وأما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب فإذا لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة " ج٢، ص٢١

[3] ويعرفها الإمام الشاطبي بقوله :" وأما التحسينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات " ، ج٢، ص٢٢

[4] مجلة الأحكام العدلية ، ج١، ص٢٣١

[5] وهذا قيد هام ، إذ أن العقد غير اللازم يجوز فسخه من الطرفين .

[6] أبو حجير، مجيد محمود أبو حجير ، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ، الدار العلمية الدولية ،عمان،٢٠٠٢ ص٤٩-٥٠ .

[7] مجلة الأحكام العدلية ، م١٢٠٠ ج١، ص٢٢٤

تلك هي إذا المعايير التي يمكن من خلالها معرفة حسن النية في تنفيذ العقد من عدمه، فإن تبين قصد الإضرار يمنع العاقد من تصرفه الضار، لما في ذلك من مخالفة لمبادئ الشريعة من جلب المصالح ودفع الضرر وتحقيق العدل.

الفرع الثاني : مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد

١- الالتزام بالأمانة والوفاء والإخلاص والصدق وشرف التعامل :

لا يستقيم الفعل في الشريعة الإسلامية إلا إذا قام على الأخلاق الكريمة من الأمانة والصدق والوفاء، وقد تظافرت النصوص على هذه المعاني، كمثل أمر ا تعالى بالأمانة: {يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا ا والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون}[١]. وكمثل قول الرسول صلى ا عليه وسلم في حثه على الصدق[٢] والأمانة: "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"[3].

والأمانة والصدق يقتضيان من المدين الاستقامة في تنفيذ العقد دون غش أو تدليس بامتناعه مثلا عن إخفاء عيب في المبيع و كذا امتناعه عن كل ما يمكن أن يؤدي استخدامه إلى حرمان الطرف الآخر من الاستفادة من مزايا العقد. كما ويلزم الدائن أيضا بالاستقامة والامتناع عن التحايل الذي قد يجعل تنفيذ المدين للعقد مستحيلا أو مرهقا، أو يحمل المدين نفقات ضخمة لا تنسجم مع الفائدة التي يتلقاها من العقد[٤]. وفي ذلك دليل واضح على سوء نية الدائن في تنفيذه العقد.

يقول ا عز وجل في الأمر بالوفاء[٥] {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[٦]، فقد ألزم الشارع الحكيم كلا من المتعاقدين القيام بكل ما ألزمه العقد به من بنود وشروط دون نقص. ففي الدين مثلا يلزم المدين السداد في الوقت الذي تحدد في العقد، فلا يماطل ولا يتأخر في السداد

---

[1] سورة الأنفال ، الآية الكريمة (٢٧)

[2] عرف الجرجاني الصدق بأنه " في اللغة مطابقة الحكم للواقع .... وقيل الصدق هو ضد الكذب وهو الإبانة عما يخبر به على ما كان ". ص١٧٤

[3] الترمذي ،محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، (ت ٢٧٩هـ) ٥م، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون) .
أخرجه عن أبي سعيد ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي صلى الله عليه و سلم إياهم ، حديث رقم ١٢٠٩ ،ج٣، ص٥١٥

[4] الجبوري ،الوسيط،ج١، ص٢٥٣

[5] قال الجرجاني في تعريفه : "الوفاء هو ملازمة طريق المواساة ومحافظة عهود الخلطاء " . ص٣٢٧

[6] سورة المائدة ، الآية الكريمة (١)

طالما كان قادرا على إيفائه كما الاتفاق. في حين يظهر امتناعه عن السداد مع القدرة عليه سوءا في النية من جهته فتحل عقوبته شرعا على ظلمه[١]، ففي الحديث: " لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"[٢].

٢- الالتزام بالتعاون :

والتعاون في تنفيذ العقد معناه " قيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى أفضل صورة وأحسن حال"[٣]. و ما ذلك إلا تطبيق لأمر ا تعالى {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان}[٤].

إذا نظرنا إلى العقد على أنه سبيل وصول كل عاقد إلى مصلحته الفردية البحتة فإن التعاون هنا لن يحظى إلا بفسحة قليلة جدا، تلك هي نظرة بعض شراح القانون إلى العقد، ففي العقد كما يقولون تتفق الإرادتان المتعارضتان معبرتين عن مصالح متضادة، فهذا إذا تعاون ظاهرا، وتحت ستاره مصالح متعارضة. وفي المقابل فإنّنا و في حال نظرنا إلى العقد على أنّه سعي الطّرفين إلى تحقيق هدف مشترك، فإن الفسحة التي يحظى بها التعاون تتّسع، علاوة على تضمن طريق تحقيق الهدف المشترك تحقيقا للمصالح الفردية تبعا، وهذه وجهة مقابلة لوجهة النّظر الأولى. ويرى آخرون أن فكرة التّعارض محلها ما قبل العقد، أما بعد إبرام العقد فإن التعارض قد انتهى زمانه وحلّت مرحلة التعاون في تحقيق الاتفاق، حيث تعين فكرة التعاون في تنفيذ العقد بحسن نية ودقّة وصولا إلى الهدف المشترك وهو تحقيق المصالح التي تم عليها الاتفاق[٥].

والتّعاون بين العاقدين دليل حسن النية بينهما في التنفيذ، ويستلزم التعاون قيام كل واحد منهما بكلّ ما من شأنه تمكين العاقد الآخر من تنفيذ التزاماته، ومن أوجه التعاون بين العاقدين إعلام كل منهما الآخر بالظروف والوقائع ذات التأثير في تنفيذ العقد، كإعلام البائع المشتري بما يمكن وقوعه من مخاطر نتيجة استعمال المبيع [٦].

---

[1] القوني، عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ . ص ٤١٨ .

[2] أخرجه أبو داود عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ النُّفَيْلِىُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْمُبَارَكِ عَنْ وَبْرِ بْنِ أَبِى دُلَيْلَةَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم. ج٣،ص٣٤٩،حديث رقم (٣٦٣٠)، كتاب الأقضية،باب في الحبس في الدين وغيره.

[3] القوني ، حسن النية ، ص٤٢٧

[4] سورة المائدة الآية الكريمة رقم ٢

[5] الجبوري ، ج١،م٣،ص٢٥٦

[6] الجبوري ، المبسوط ، ج١، ص٢٥٤

ومن ذلك أيضا تمكين البائع المشتري من حيازة المبيع، ومنه أيضا أن يعاونه في استقرار المبيع في ملكه نهائيا دون أن يعكّر ذلك ما من شأنه يعطل أيا من حقوق المشتري في مزايا المبيع وسلطته عليه.

و نخلص مما سبق إلى أن في التعاون تسهيلا على العاقدين لتنفيذ العقد و تمكينا لكل منهما من حقه الذي كفله له العقد تمكينا فعليا[١].

٣- عدم التعسف في استعمال الحق :[2]

والتعسف كما عرفه الأستاذ الدريني هو "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[٣]. إذ أن الحقوق شرعت لتحقيق مقاصد معينة فعلى من يستعمل أيا من هذه الحقوق أن لا يتجاوز تلك المقاصد والغايات الشرعية المبتغاة منها وأن لا يناقضها.

لكن مناقضة قصد الشارع في استخدام الحق قد تكون مقصودة حيث يكون قصد المكلف من الفعل مضادةَ قصدِ الشارع من الحكم، بأن يقصد الإضرار بالغير أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة بمعنى أن يتذرع بالمباح للتحايل على الشرع و مقاصده. وذلك هو المعيار الذاتي، الذي يعتمد القصد والنية من الفعل.

ثم أنها قد تكون غير مقصودة، بحيث يفضي فعله مآلا إلى نقض الأصل وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، ولو بدون القصد، فترجح المفسدة على المصلحة أو تساويها، خلافا لما ابتغاه الشارع من المباح. وذلك هو المعيار الموضوعي الذي يعتمد مآل الفعل وما نتج عنه من مصلحة ومفسدة والموازنة بينها[٤].

و المعايير التي يقاس بها التعسف في استعمال الحق تشابه إلى حد بعيد المعايير التي يقاس ويعرف بها سوء النية من حسنها، ذلك أن في التعسف إظهاراً لسوء النية وفيهما معا مخالفة لمقاصد الشريعة من جلب المصالح ودفع المفاسد. و لذلك فإن في التفصيل في معايير حسن النية كفاية واعتياضا عن ذكرها هنا. ويمكن الخلوص إلى أن العاقد يكون سيء النية إذا استعمل حقه متعسفا، وذلك إذا لم يقصد من استعماله حقه سوى الإضرار بالعاقد الآخر والذي سبق وقلنا أنه يتبين من انتفاء المصلحة الجدية المشروعة، أو من انعدام التوازن بين المصالح المتعارضة، كما تظهر سوء نيته أيضا ما لو ترتب على استعماله حقه ضررا فاحشا يلحق

---

[1] القوني ، ص٤٢٨

[2] د. ياسين محمد الجبوري ،المبسوط في شرح القانون المدني ج١،م٣/١

[3] أ.د. فتحي الدريني ، التعسف في استعمال الحق ، ص٨٧

[4] أ. د. الدريني ، التعسف في استعمال الحق ، ص

بالعاقد الآخر، فإذن تجنب العاقد استعمال حقه بشكل تعسفي مضر بالعاقد الآخر ومصالحه كان تنفيذه للعقد دالا على حسن النية[١].

---

[1] القوني ، حسن النية ، ص٤٣٠ .

الفصل الثاني
الاستثناءات الواردة
على مبدأ القوة الملزمة للعقد

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : عقود الإذعان

المبحث الثاني : قانونا العذر الطارئ عند الحنفية والجوائح عند المالكية، مقارنة مع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الوضعي

المبحث الأول

عقود الإذعان

توطئة وتمهيد

إن الأصل في العقود والمعاملات جميعها في الفقه الإسلامي أن تقوم على الرضا و التراضي حيث يقول الله تعالى في ذلك {إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}[١]. ثم إذا تراضى العاقدان و أبرما عقدا صحيحا نافذا لازما كان من الواجب شرعا الوفاء بما جاء به وبما التزمه العاقدان من التزامات لقوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}. ولما كان الرضا مما يكمن في النفس الإنسانية فقد أقام الشارع مقامه ما يظهره من العبارات، كذلك كل ما يؤدي إلى الغرض منها.

ثم إن الحياة الحديثة المعاصرة فرضت على الناس كثيرا من التغيرات، واختلف كثير من المعاملات اليوم عما ألفناه عند فقهائنا في كتبهم من الحديث عن عقد يتم بعد التفاوض ثم التراضي. فقد لجأت كثير من المؤسسات إلى تنميط العقود، بمعنى أنها إعداد العقد وتحديد شروطه سلفا، وعلى من يطلب الخدمة التي تقدمها تلك المؤسسة الرضا بالعقد كما هو أو تركه، فأضحت كثير من العقود التي تقع بين الناس تجري على نمط معد مسبقا، وخلت كثير من العقود من التفاوض على شروط العقد. فأصبح يلحظ في هذا النوع من العقود تباين القوة التفاوضية وافتقارها إلى المجاذبة والمساومة بين طرفي العقد والتي قد تكون أكبر دليل على تحقق الرضا بالعقد وشروطه، و السبب في هذا التغيير أن هذا النمط من العقود يختصر على الأطراف وبخاصة الشركات والمؤسسات الكثير من الوقت والجهد، خاصة مع تعقد مجال العقد اليوم كما في العقود على الأدوات الطبية والالكترونيات[٢].

ومع هذه المزية للعقود النمطية، إلا أن مثل هذه العقود قد تغري الطرف المانح بإدراج شروط تعسفية تضر بالطرف المدين وليس للطرف الآخر إلا القبول بالعقد كما هو أو تركه كما هو دون أن يكون له الحق بتغيير الشروط التعسفية. "ونجد في القانون المدني الأردني في المادة (١٠٤) ما نصه: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "[٣]. حيث اعتبر القانون مجرد تسليم العاقد بما في العقد من شروط

---

[1] سورة النساء الآية الكريمة ٢٩

[2] القري ، محمد علي ، عقود الإذعان . **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ، الدورة الرابعة عشر . ص١

[3] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص١١٢

نوعا من أنواع القبول[١]، فإذا كانت هذه حال العقد والعاقدين كان لا بد من تدخل الدولة في مثل تلك العقود.

مما سبق فإن لعقود الإذعان مفهوما معينا كما أن لها خصائص معينه تخصها عن غيرها من العقود كما في التالي :

المطلب الأول : عقود الإذعان مفهومها وخصائصها

الفرع الأول : مفهوم عقود الإذعان

إن عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له القدرة على تغيير العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعِد لهذا العقد، ومن هذا وصفت هذه العقود "بالإذعان". وقيل أن أول من سماها كذلك القانوني الفرنسي سالي في مطلع القرن العشرين.[2]

و يمكن من ذلك تعريف عقد الإذعان بكونه "العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله دون مساومةٍ أو تغييرٍ في شروطه ".

الفرع الثاني : خصائص عقود الإذعان

يمكن تلخيص أهم الخصائص التي تميز عقود الإذعان عن غيرها من العقود في النقاط التالية :

١- إن عقود الإذعان تقع على سلع أو خدمات ضرورية.

٢- كما أن المنافسة في بيع هذا النوع من السلع أو الخدمات محدودة، حيث إنها محتكرة من قبل جهة – مؤسسة أو شركة – واحدة.[3]

٣- ونجد أن هذه الجهة الموجبة تصدر الإيجاب بشكل مستمر و موحد الشروط إلى جميع الناس[١].

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، ص١١٢

[2] محمد القري نقلا عن السنهوري في الموجز في النظرية العامة للالتزام ص ٦٨. عبدالرزاق السنهوري: النظرية العامة للإلتزامات، مطبعة لجنة التأليف والترجمة للنشر ١٩٨٣م.

[3] ، نزيه ، (١٤٢٥). عقود الإذعان في الفقه الإسلامي . **مجلة العدل** ، (٢٤) . ص٤٥

٤- ونجد أن من الطبيعي أن يكون في شروط عقد الإذعان ما يحقق مصلحة الموجب، ففي حين يأتي بعض عقود الإذعان مخففا من مسؤولية الموجب، نجد بعضها يزيد من مسؤولية من وجه إليه الإيجاب (المذعنون).[٢]

وإذا كانت تلك هي أهم خصائص عقود الإذعان فإنه لا بد من أن يكون للدولة دور في حماية الطرف المذعن ضمانة لعدم ظلمه ومنعا لاختلال موازين العدل، **ومما تجدر ملاحظته من هذا المفهوم أن عقود الإذعان ليست بذاتها استثناء على القوة الملزمة للعقد، بل هي استثناء على مبدأ الرضا وسلطان الإرادة العقدية. إلا أنه في بعض الحالات قد يكون في شروط عقد الإذعان تعسف في حق المذعن، لصالح المحتكر، وهنا لا بد من تعديل العقد من قبل الدولة بما يتفق مع معايير العدل بين أطراف العقد، حتى لا يكون هناك تفاوت في الحقوق أو تباين في موازين العقد. ثم إذا تم التعديل في مثل هذه الحالات كان ذلك التعديل - حيث اختلال تنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد - استثناء على القوة الملزمة للعقد.**

فما هي الأسس التي ينبني عليها تدخل الدولة في العقود؟ ثم ما هو دور الدولة في عقود الإذعان، ومتى يمكن للدولة التدخل في تعديل العقد؟ إن المطالب الآتية تحاول الإجابة عن هذه التساؤلات

[1] الجبوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الأردني ،ص ٨٠٨
[2] قحطان الدوري ، الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي ، ص١٨٧

المطلب الثاني : الأسس التي يقوم عليها تدخل الدولة في تعديل العقد في الفقه الإسلامي

الأساس الأول : قوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا أطيعوا ا والرسول و أولي الأمر منكم}[١]،

دلّت الآية الكريمة على أن: طاعة أولي الأمر واجبة ما دامت في طاعة ا . والغاية من الولاية أساسا حراسة الدين وسياسة الدنيا بما يرضي ا ويتفق وشرعه الحنيف، وبما يحقق للناس صلاح الدارين، وبما يجلب لهم المصالح و من هذه المصالح العدل وحفظ الحقوق، و يدرأ عنهم المفاسد والتي منها الظلم و الجور فلا يبغي أحد على أحد. و من ذلك تحقيق مصالحهم الاقتصادية وتحقيق التوازن الاقتصادي بين أفراد المجتمع[٢]، ويمكن تلخيص وظيفة أولي الأمر اقتصاديا بما يلي:

وظيفة ولي الأمر في المجال الاقتصادي

١- العمل على أن يقوم الناس بفروض الكفاية[٣]،

فإذا كانت حاجة المجتمع لا تنقضي إلا بوجود من يؤدي أعمالا معينة، فإن على ولي الأمر إيجاد من يعمل بها، حتى يتحقق اكتفاء المجتمع، يقول الإمام الشربيني: "كالتجارة والخياطة والحجامة؛ لأن قيام الدنيا بهذه الأسباب وقيام الدين يتوقف على أمر الدنيا حتى لو امتنع الخلق منه أثموا وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم لكن النفوس مجبولة على القيام بها فلا يحتاج إلى حث عليها وترغيب فيها، وفي الحديث {اختلاف أمتي رحمة} وفسره الحليمي باختلاف الهمم والحرف"[٤].

---
[1] سورة النساء ، الآية الكريمة ٥٦
[2] نجوم ، عيشة صديق ، ١٤٠٧ هـ ، رسالة ماجستير ، التسعير ، جامعة أم القرى ، المملكة العربية السعودية . ص٢٠
[3] نجوم ، التسعير ، ص٢٣
[4] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٤، ص٢١٣

٢- ضمان الحاجات الأساسية لكل رعايا الدولة [١].

إن من واجب ولي الأمر تحقيق العدل الاجتماعي من خلال تأمين كفاية كل فرد من أفراد المجتمع في حاجاته الضرورية و الأساسية من غذاء و كساء وسكن وغيرها [٢]، ومن أساليب ذلك بل من أهمها التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع. فالقادر منهم يلزم بعون المحتاج إلى أن يخرج عن حاجته، يقول الإمام الشاطبي: " كل من كلف بمصالح نفسه؛ فليس على غيره القيام بمصالحه مع الاختيار. .... اللهم إلا أن تلحقه ضرورة، فإنه عند ذلك ساقط عنه التكليف بتلك المصالح أو بعضها مع اضطراره إليها؛ فيجب على الغير القيام بها، ولذلك شرعت الزكاة والصدقة والإقراض، والتعاون، وغسل الموتى ودفنهم، والقيام على الأطفال والمجانين والنظر في مصالحهم، وما أشبه ذلك من المصالح التي لا يقدر المحتاج إليها على استجلابها، والمفاسد التي لا يقدر على استدفاعها"[٣].

فالأصل أن كل إنسان يقوم بتحصيل حاجاته، لكن في حال عجزه عن ذلك، وجب على غيره تحصيلها له لدفع الضرر عنه وتحقيق ما فيه مصلحة له.

٣- مراقبة النشاط الاقتصادي ليكون موافقا لأحكام الشريعة [٤]:

إن من واجبات ولي الأمر أن يحقق العدل الاقتصادي، بمنع كل ما من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة، كما في منع الاستغلال عن طريق الاحتكار أو الاضطرار، ومنع الربا والغش وسائر المعاملات المحرمة وفي ذلك تحقيق للعدل الاقتصادي بين أفراد المجتمع[5]. وفي كتاب ا تعالى ما يشير إلى عناصر السياسة الاقتصادية في الدولة، قال تعالى: {لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم ا من ينصره ورسله بالغيب إن ا قوي عزيز}. [٦]

"قال النسفي: والمناسبة بين هذه الأشياء الثلاثة: أن **الكتاب** قانون الشريعة، ودستور الأحكام الدينية، يبين سبيل المراشد والعهود، ويتضمن جوامع الأحكام والحدود، ويأمر بالعدل والإحسان، وينهى عن البغي والطغيان، والاجتناب عن الظلم إنما يقع بآلة بها يقع التعامل،

---

[1] نجوم ، التسعير ، ص٢٥
[2] الدريني ، النظريات الفقهية ، ص١٣
[3] الشاطبي،الموافقات ، ج٣، ص٨٧
[4] نجوم ، المصدر نفسه ، ص ٣٠
[5] الدريني ، النظريات ، ص١٤
[6] سورة الحديد ، الآية الكريمة ٢٥

ويحصل بها التساوي والتعادل، وهي **الميزان**. ومن المعلوم: أن الكتاب الجامع للأوامر الإلهية، والآلة الموضوعة للتعامل بالتسوية، إنما يحافظ العوام على اتباعها بالسيف، الذي هو حجة ا على من جحد وعنَد، ونزع من صفقة الجماعة اليد، وهو **الحديد**، الذي وصف بالبأس الشديد"[١].

٤- تحقيق التوازن الاقتصادي بين أفراد المجتمع[٢].

فرغم التسليم بوجود الفروق المادية والجسدية والفردية بين أفراد المجتمع الواحد كما يظهر جليا في قول ا تعالى: {أهم يقسمون رحمة ربك نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ورحمة ربك خير مما يجمعون}[٣]، إلا أن هذا لا يتعارض مع غايات التشريع من تحقيق التوازن الاقتصادي بين أفراد المجتمع، حيث شرع من الوسائل ما يضمن توفير أسباب العيش لجميع أفراد المجتمع وفي ذلك ورد قول ا تعالى: {ما أفاء ا على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل **كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم**}[٤]. أما ما فوق ذلك من مستويات الدخول، فهو من التفاوت الطبيعي في المجتمعات، وما يعنى به شرعا إنما هو كون هذه الدخول من مصادر مشروعة [٥].

فمن واجب الحاكم أن يطبق **الشريعة** التي هذه حالها. إذ أن في تطبيقها إقرارا **للعدل والإحسان** والرحمة، ومن واجبه أن يمنع الظلم والجور والتعسف. و يعينه في تحقيق ذلك **سلطانه ونفوذه**.

---

[1] تفسير النسفي ، ج٤، ص٣٣٧
[2] نجوم ، التسعير ، ص٣٤
[3] سورة الزخرف ، الآية الكريمة ٣٢
[4] سورة الحشر ، الآية الكريمة ٧
[5] عيشة صديق نجوم ، التسعير ، ص٣٥ .

الأساس الثاني [1] : القواعد الفقهية [2]،

أولا : قاعدة: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"[3]، أي أنه من لوازم نفاذ تصرف المسؤول على من يسأل عنهم وجود منفعة متضمنة في ذلك التصرف دينية كانت تلك المنفعة أم دنيوية. وإلا لم ينفذ تصرفه و رد[4]. ذلك أن كل راع مسؤول عن نصح رعيته ومؤتمن على نفعهم، ومتوعد حال قصور فعله عن ذلك بقول الرسول صلى ا عليه وسلم "ما من عبد يسترعيه ا رعية فلم يحطها بنصيحة إلا لم يجد رائحة الجنة"[5].

والرعية هم : عموم الناس الذين هم تحت ولاية الإمام[6].

أما المصلحة فهي على ما عرفها به الإمام الغزالي بقوله "المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم"[7]، فما أدى إلى حفظها كان مصلحة، وما أدى إلى إضاعتها على العباد كان مفسدة ودفعه مصلحة[8].

فتصرف الإمام على الرعية لا بد من أن يوافق مقصود الشارع ولذلك قال ابن نجيم: "تنبيه: إذا كان فعل الإمام مبنيا على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ"[9]

فتدخل الدولة في التسعير مثلا محكوم بتحقق مصلحة للناس جميعا من وراء ذلك، "يقول الإمام ابن القيم: "وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإن اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل، وبا التوفيق"[10].

---

[1] عيشة صديق نجوم ، التسعير ، ص٣٨ .

[2] اختلفت آراء الفقهاء حول حجية القواعد الفقهية التي مصدرها الاجتهاد ، فبينما يرى بعض الفقهاء عدم حجيتها يرى آخرون بحجيتها .
أما أدلة الرأي الأول فهي ١- أن حكمها أغلبي لها مستثنيات . ٢- كثير منها مصدره الاستقراء غير التام . ٣- مصدرها الاستقراء غير التام . ٤- مستنبطة من الفروع الفقهية .
أما دليل الرأي الثاني فهو أن أصلها كلي . كما يرد أصحاب هذا الرأي على أدلة الفريق الثاني بما يلي ١- المستثنيات وقعت بسبب عدم تحقق شروط القاعدة فيها .٢- أغلب العلوم مصدرها الاستقراء الناقص .٣- هي حجة على الفروع الأخرى التي لم تستنبط منها .
الباحسين، يعقوب، (١٩٩٨). القواعد الفقهية " المبادئ- المقومات- المصادر- الدليلي- التطور- دراسة نظرية- تحليلية- تأصيلية- تاريخية". الرياض، مكتبة الرشد ، شركة الرياض للنشر والتوزيع. ص٢٦٣- ٢٧٢ .
أما القواعد الفقهية التي مبناها على أدلة من الكتاب والسنة فلا مانع من الاحتكام إليها والاستنباط منها عند الفريقين ، لكن الاعتبار هنا ليس بكونها قاعدة فقهية ، وإنما بكونها دليلا شرعيا من الكتاب والسنة . ومن أمثلة هذا النوع من القواعد الفقهية قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (اليقين لا يزول بالشك)

[3] الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ج١، ص١٢١

[4] أ. الزرقا ، القواعد الفقهية ، ٣٠٩ .

[5] أخرجه البخاري، قال :" حدثنا أبو نعيم حدثنا أبو الأشهب عن الحسن
أن عبيد الله بن زياد عاد معقل بن يسار في مرضه الذي مات فيه فقال له معقل إني محدثك حديثا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت النبي صلى الله عليه وسلم" الحديث رقم (٦٧٣١)كتاب الأحكام، باب من استرعي رعية فلم ينصح. ج٦، ص٢٦١٤.

[6] بورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ج٣، ص٣٠٧

[7] الإمام الغزالي ، المستصفى ، ج١، ص١٧٤

[8] الإمام الغزالي ، المستصفى ، ج١، ص١٧٤

[9] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ج١، ص١٢٤

[10] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ابن القيم ، ج١، ص٣٨٤

فالإمام ابن القيم يرى أن التسعير لمصلحة متى كانت تتوقف عليه فإن تحققت المصلحة بغيره، لم يلجأ إليه.

ويهدف هذا التدخل إلى حماية حقوق الطرف المذعن وإلى إعادة التوازن بين المتعاقدين في العقد. ويأتي تدخل الدولة في تعديل عقد الإذعان مندرجا تحت المقاصد الشرعية العامة من إزالة الضرر ورفع الحرج، وتقديم للمصلحة العامة على الخاصة كما التالي:

أولا : الضرر يزال[١]: إن قيام الدولة بدفع ضرر احتكار سلعة أو خدمة من شأنها أن تكون ضرورية لعامة الناس أو ضرر بيعها بسعر باهظ بغبن فاحش، أو منحها بشروط تعسفية، هو دفع للضرر أو المفسدة الواقعة الناس. وفي ذات الوقت فإنه لا يجوز للدولة أن تبخس صاحب الخدمة أو السلعة حقه في الثمن العادل.

ثانيا : يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام[٢]: إن المصلحة العامة تقتضي توفير السلعة أو الخدمة المحتكرة لجميع الناس بما يكفل تغطية احتياجاتهم، كما تقتضي المصلحة العامة توفيرها لهم بثمن معقول.

أما المصلحة الخاصة، فهي مصلحة المحتكر بحصوله على ربح فاحش أو شروط تحقق مصلحته على حساب مصلحة المذعنين، مقابل سلعته أو خدمته التي يقدمها.

وقيام الدولة بالتدخل بتعديل عقد الإذعان سواء بالتسعير الجبري، أو بتعديل الشروط التعسفية أو بإلغائها، هو تقديم للمصلحة العامة على الخاصة.

---

[1] السيوطي، الأشباه والنظائر ، ج١، ص٨٣ ، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ، ج١، ص١٠٤ ، السبكي، الأشباه ، ج١، ص٨٥

[2] ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٨٧

المطلب الثالث : تطبيقات على تدخل الدولة لحماية المصالح العامة

بيع المضطر، و التسعير الجبري على المحتكر

كما في التالي :

أولا : بيع المضطر :

وبيع المضطر هو: "أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيره ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنه بكثير وكذلك في الشراء منه"[١].

أما حكم هذا العقد في حال البيع بغبن فاحش فعند جمهور الفقهاء أنه عقد صحيح[٢] وذلك لتحقق ركنه، أما عند الحنفية فهو عقد فاسد نظرا لانعدام الرضا[٣].

أما في حال المبايعة العادلة بثمن المثل أو الغبن اليسير، فحكم بيع المضطر أنه عقد صحيح بالاتفاق[٤].

يقول ابن تيمية: "هذه الأعمال التي هي فرض على الكفاية متى لم يقم بها غير الإنسان صارت فرض عين عليه، لا سيما إن كان غيره عاجزا عنها، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجبا يجبرهم ولي الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم"[٥].

ثانيا : التسعير على المحتكر :

والاحتكار: هو "حبس الطعام للغلاء"[٦]، يقول ابن تيمية: "المحتكر هو الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم، وهو ظالم للخلق المشترين، ولهذا كان لولي الأمر أن يكره الناس على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه، مثل من عنده طعام لا يحتاج إليه والناس في مخمصة، فإنه يجبر على بيعه للناس بقيمة المثل،

---

[1] النتف في الفتاوى ،أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي ، ج١، ص٤٦٨

[2] الحطاب ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي ، (ت ٩٥٤هـ) . مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ط. خاصة ، (تحقيق زكريا عميرات) ، دار عالم الكتب ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م . ج٦ ، ص٤٢ . روضة الطالبين ، ج ٣، ص٤١٣ ، الإنصاف ، ج٤، ص١٩١.

[3] ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٥ ، ص٥٩

[4] ابن عابدين،رد المحتار ج٥، ص٥٩ . روضة الطالبين ، ج٣ ، ص٢٨٦

[5] ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج٢٨، ص٨٢

[6] الجرجاني، التعريفات ، ص٢٦

ولهذا قال الفقهاء: من اضطر إلى طعام لغير أخذه منه بغير اختياره بقيمة مثله، ولو امتنع من بيعه إلا بأكثر من سعره لم يستحق إلا سعره"[١].

يقول أيضا: "ان ولي الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة والحياكة والبناية فإنه يقدر أجرة المثل، فلا يمكن المستعمل من نقص أجرة الصانع عن ذلك، ولا يمكن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك حيث تعين عليه العمل، وهذا من التسعير الواجب"[٢].

ومثل هذه التطبيقات عقود الإذعان، حيث أنه إذا كان الثمن عادلا لا ظلم فيه وكان الطرف الموجب، باذلا للسلعة أو الخدمة، ولم يكن مانعا لها فهو صحيح ملزم للطرفين، فليس للدولة التدخل فيه بالإلغاء أو التعديل، وإلا كان كالتسعير المحرم بلا وجه حق.

إذن فإن للدولة دورا رقابيا على عقود الإذعان لما لها من خصائص تمكن الطرف الموجب الذي يقدم السلعة أو الخدمة من التحكم بالعقد بجعل موازين القوة تكون في جانبه على حساب مصلحة الطرف المذعن، فإن وجد أن الطرف الموجب قد استغل هذه الخاصية لصالحة بما يضر بصالح الطرف المذعن وبما يخل بمبدأ التراضي العقدي، كان للدولة الحق بالتدخل بإلغاء العقد أو تعديله، بما يتفق والعدل وبما يحقق التوازن العقدي.

فإن تم التدخل كان في ذلك استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد لما فيه من تغيير لما اتفقت عليه الإرادتان في العقد.

---

[1] ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج٢٨، ص ٧٥
[2] ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، ج٢٨، ص٨٦

المطلب الرابع : خضوع عقود الإذعان إلى رقابة الدولة.

إن طبيعة عقد الإذعان تحتمل تحكم الطرف الذي يقدم الخدمة أو السلعة بالطرف الآخر فيفرض عليه سعرا معينا أو يقيد العقد بشروطه، لذا كان لا بد من رقابة على عقود الإذعان في سبيل منع الطرف المحتكر من التعسف والتجاوز في التحكم بما يضر الطرف الآخر، فتقوم الجهة الرقابية بإقرار العدل ورفع الضرر عن الطرف المذعن.

فلا بد إذن من عرض العقود من هذا النوع على الجهات الرسمية، لتقوم الأخيرة بموازنة العقد من خلال مراعاة مصالح جميع الأطراف[١].

من خلال ما سبق فإن عقود الإذعان تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: ما كان خاليا من الإجحاف بحقوق الطرف المذعن سواء على مستوى الثمن أو الشروط أو غيرها، فهذا لا فرق بينه وبين العقود الأخرى، فليس للدولة إذن أن تتدخل في العقد بالتعديل عليه أو إلغائه[٢].

النوع الثاني: ما كان ينطوي على إجحاف بحق الطرف المذعن، كأن يترتب على الثمن غبن فاحش، أو يترتب على الشروط تعسف وإضرار بالطرف المذعن. وهذا النوع يستوجب تدخل الدولة؛ حيث أن هذا العقد يحتوي على احتكار يحظره الشرع الحنيف، ويسمح للدولة بالتدخل في منعه وتعديل العقد بما يرفع الظلم عن الطرف المذعن، كما في التسعير الجبري حيث تتدخل الدولة فتخفض السعر إلى الحد المعقول، أو تعدل الشروط التعسفية التي انطوى العقد عليها، كما أن لها إلغاء تلك الشروط إن اقتضى الأمر ذلك.

و إذاً فإن للدولة التدخل في التعديل على عقد الإذعان بشرط وجود اختلال في موازين العقد لا بد من تصحيحها لتحقيق التوازن العقدي.

أما القانون المدني الأردني، فنجد في المادة (م٢٤٠) ما نصه: " - يفسر الشك في مصلحة المدين.٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[٣]. ففي حال عجز القاضي عن استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإنه يتوجب عليه تفسيرها في مصلحة الدائن والعلة في ذلك هو أن الأصل براءة

---

[1] القري ، عقود الإذعان ، ص١٨ . حماد ، ص٦٩-٧٢ .
[2] حماد ، عقود الإذعان ، ص٧٠ .
[3] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني (م ٢٤٠) ، ص٢٤٣

الذمة. إلا أن الحال في عقود الإذعان أن العبارة تفسر في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا، لأن العدالة تقتضي أن ينصف الطرف الأضعف وهو المذعن، حيث أن الرضا بالعقد كان أشبه بالتسليم منه إلى القبول الاختياري بما قام بتحديده الطرف الموجب – وهو الطرف الأقوى – في العقد، فإذا حدث وكان في العبارة لبس أو غموض، وجب أن لا يفيد الطرف القوي من ذلك، خاصة وأنه هو من قام بتحرير العقد بشروطه، فيتحمل عبء تقصيره في توضيح عبارات العقد وشروطه.[١]

ونجد أن القانون المدني الأردني قد عني بعقد الإذعان في تشريعاته، حيث أجاز للمحكمة التدخل في تعديل شروطه التعسفية، ضمانة للعدل، فنجد في المادة (٢٠٤) في القانون المدني الأردني ما نصه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[٢]. والغاية من كل ذلك هو إعادة التوازن بين المتعاقدين، بهدف تخفيف العبء عن الطرف المذعن، الذي هو الطرف الأضعف في العقد.

[1] سلطان ، أنور ، (٢٠٠٥) . مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، المقارن ، عمان ، دار الثقافة . ص٢٠٦ .
[2] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، المادة ٢٠٤ ، ص٢٣٢

المبحث الثاني

الحوادث الاستثنائية العامة

قانونا العذر الطارئ عند الحنفية و الجوائح عند المالكية

مقارنة مع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الوضعي

توطئة وتمهيد :

بعد الحديث عن قوة العقد التي تلزم المتعاقدين بعقدهما، وكيف أن العقد بعد تمام انعقاده صحيحا نافذا لازما هو قانون المتعاقدين؛ لا يحيدان عنه ولا يتراجع أحدهما عنه بإردته منفردة، حيث أن ما بني على إرادتين لا ينفك إلا بإرادتين، تحقيقا لقول الله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[1]. وبعد أن تبين لنا كيف أن الشريعة الإسلامية تأبى إلا أن تحقق العدالة بين الناس، وأنها ما جاءت إلا لتحفظ على الناس حقوقهم بشتى الطرائق، كما في إلزام المتعاقدين بقانونهما الذي التزماه بإرادتيهما الحرتين، كان لا بد من استكمال الحديث عن عدالة الشريعة وعنايتها بحقوق العاقدين في هذا الصدد، وما يرتبط بهذا المبدأ من ارتباطات قد تبدو مخالفة له ظاهرا، إلا أن في جوهرها ما يتممه ويحقق مقصوده من حفظ الحقوق. وليس الحديث عن نظرية الظروف الطارئة و قانوني العذر و الجوائح ببعيد عن السياق بل هو في صلبه، فهذه القوانين وإن كانت في ظاهرها تعارض مبدأ شرعيا هو وجوب الوفاء بالعقود إلا أنها مندرجة تحت مبدأ آخر هو رفع الحرج وإزالة الضرر، وبالتالي فإن فيها تحقيقا لروح الشريعة ومقاصدها من تحقيق التوازن العقدي وحفظ الحقوق وليست بخارجة عنها.

وقد جاء قول الله تعالى مختزلا كل ذلك فقال عز وجل: {إن الله يأمر بالعدل والإحسان}[2]، يقول الزمخشري في تفسيرها: "العدل هو الواجب ؛ لأن الله تعالى عدل فيه على عباده فجعل ما فرضه عليهم واقعاً تحت طاقتهم { والإحسان } الندب؛ وإنما علق أمره بهما جميعاً ؛ لأن الفرض لا بد من أن يقع فيه تفريط فيجبره الندب"[3]. إذ العدل أن يوفي كل عاقد بما التزمه في العقد، وأن يستوفي كل عاقد حقه، إلا أن الضرورة قد تتطلب أن يرفق العدل بالإحسان والتفضل والتخفيف من الإرهاق الذي قد يتولد من ظروف طارئة غير منتظرة ولا بالقدرة دفعها فضلا عن

---

[1] المائدة ، الآية الكريمة رقم ١

[2] النحل ، الآية الكريمة (٩٠)

[3] الزمخشري ، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد جار الله الكشاف جار الله ، (ت ٥٣٨هـ) . الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، ٤م، (تحقيق عبد الرزاق المهدي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . ج٢، ص٥٨٦ .

احتمالها وآثارها. وفي ذلك أيضا يأتي الحديث النبوي الحديث الشريف: "إن ا كتب الإحسان على كل شيء"[١]. فالعدل شيء من الإحسان، لكن لو كان في تحقيق ذلك العدل تفريط وحدة و تحميل للنفس فوق ما تطيق فإن في الأمر بالإحسان جبرا لذاك التفريط وتخفيفا من تلك الحدة بما يتسع له الإحسان من العدل والإنصاف، والتفضل بالرفق في حال الضرورة.

وبناء على ذلك فإنه إن كان في الوفاء بالعقد وتنفيذه إضرار بالمدين كان لا بد من تعديل العقد بما يتفق و الإحسان، و إن كان المدين معسرا فينظر إلى حين ميسرة، وإن طرأت ظروف من شأنها أن ترهق المدين في تنفيذه للعقد عدل العقد بما يخفف من تحمل المدين ذلك الإرهاق، وفي كل ذلك نرى اتباعاً لمبدأ رفع الضرر والحرج[٢].

و من زاوية أخرى يمكن رؤية ما في هذه القوانين من تأكيد على أمر الشارع {أوفوا بالعقود}، فما تعديل العقد عند طروء الجائحة إلا تأكيد على ضرورة التنفيذ وعدم جواز تجاهل العقد حتى في أصعب الظروف، وإنما ترمي النظرية إلى رفع الحرج وإزالة الضرر في سبيل تنفيذ العقد تحقيقا لقاعدة القوة الملزمة ووجوب الوفاء بالعقد والعهد.

وفي نظرية العذر سنلحظ أمرين الأول أن في شروط تطبيقها ما يظهر وجوب تمسك العاقدين بالتنفيذ إلى أن يستحيل فيكون آخر الدواء الكي، وما ذلك إلا لأهمية تنفيذ العقد والوفاء به وسلطان العقد وقوته الملزمة للعاقدين بالتنفيذ في الشريعة الإسلامية.

والأمر الآخر أن ما تم التراضي عليه في العقد أصلا لا يشمل تحمل ضرر زائد، فإن طرأ ضرر زائد فإنه مما يخرج عن نطاق العقد وبالتالي فإن الإلزام بتنفيذه حينئذ إلزام بما لا يلزم وما لم يلتزم في العقد أساسا، وبالتالي فليس في وضع الضرر عنه مخالفة لمبدأ الوفاء بالعقود[٣].

ونجد أن نظرية "الظروف الطارئة" وجدت اهتماما كبيرا في الفقه الوضعي، ذلك أن قوة العقد الملزمة في الفقه الوضعي كان فيها من المبالغة ما دعا إلى التخفيف من حدتها التي قد يؤدي الالتزام بحذافيرها إلى تجاوز العدل إلى الجور، فجاءت نظرية الظروف الطارئة سبيلا للرجوع إلى معايير العدل بالتخفيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ونظرية الظروف الطارئة وجدت لها في الفقه الإسلامي تطبيقات وأمثلة، من مثل نظرية العذر في الفقه الحنفي ونظرية الجوائح في الفقه المالكي.

---

[1] رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الصيد والذبائح ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل ، ج ٦ ، ص٧٢ .
[2] الترمانيني ، (١٩٧١) . نظرية الظروف الطارئة ، حلب ، دار الفكر . ص٣٥-٤٦
[3] الترمانيني ، المصدر نفسه ، ص ٤٨

لكن ما يجب التنويه إليه هو أن الفقه الإسلامي لم ترد فيه نظرية للظروف الطارئة، بل لم يعن بوضع النظريات العامة، بل إن ما يلحظ فيه هو عنايته بعلاج المسائل واحدة فأخرى، بحيث تستوفي كل واحدة منها حقها في البحث والتفصيل والمعالجة بما يتناسب معها من أساليب العلاج المختلفة و بما يكفل تحقيق العدالة [١]. لكن يلحظ في حلوله أنها تسري في ضمن مبادئ معينة متسقة، بحيث يمكن الكشف من خلال جملة من الحلول والفروع عن نظرية متكاملة متناسقة.

ورغم التشابه بين مضامين هذه التطبيقات وبين مضمون الظروف الطارئة كما هي عليه في الفقه الوضعي إلا أن من الخطأ القول بتطابقها معا، إذ ثمة فروق تحول دون هذا القول [٢]. و ليس من الضرورة في هذا البحث الخوض في الفروق بل إن ما يعنى به البحث حقيقة هو وجه الاتفاق بينها من حيث كونها استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

---

[1] الدريني ، النظريات الفقهية ، ص ١٣٩ .

[2] الدريني ، النظريات الفقهية ، ١٤٦-١٤٧

المطلب الأول : التعريف بالنظرية في الفقهين الإسلامي والوضعي.

إن مضمون نظرية الظروف الطارئة هو: **أن ينشأ ظرف أو عذر غير متوقع ولا ممكن الدفع، يطرأ بعد انعقاد العقد، قبل التنفيذ أو أثناءه، بحيث يجعل تنفيذ العقد أو الاستمرار في تنفيذه مما يضر بالمدين[١] ضررا فاحشا وغير مستحق بالعقد**[٢]، بحيث يكون الضرر خارجا عن النطاق الذي التزمه المتعاقد في عقده، حيث أنه ناتج عن ذلك الحادث وليس ناشئا من الالتزام الذي التزمه المتعاقد. فينتج عن هذا الحادث حاجة إلى رفع الضرر أو الخسارة الناتجة بحسب نوع الحادث فقد يكون الحل في فسخ العقد في حالة العذر الطارئ على عقد الإيجار. أو قد يكون في تعديله في حالة العقد على بيع الثمار. أو غير ذلك من الأحكام التي أقامتها المذاهب الفقهية المختلفة حلولا لتلائم الظروف التي تطرأ على العقود بما يقتضيه العدل ويحقق التوازن المنشود بين المتعاقدين.

أما في القانون المدني الأردني فقد جاءت المادة (٢٠٥) تقنن لهذه الحوادث الطارئة بما نصه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[٣].

ويمكن مما سبق تعريف الظرف الطارئ بأنه: **كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل، ويصبح تنفيذ الالتزام مرهقا ومهددا بخسارة خارجة عن الحد المألوف**[٤].

و في الفقه الإسلامي تبرز هذه النظرية في المذهب الحنفي فيما يسمى عندهم "بالعذر الطارئ" والذي يطرأ على عقد الإجارة. والأصل في عقد الإجارة اللزوم بمعنى أن عقد الإجارة لا يفسخ من قبل أحد العاقدين وحده[5]. إلا أن الظروف حين انعقاد العقد قد تستحيل إلى ظروف قاهرة أثناء تنفيذه تجعل الاستمرار في التنفيذ مضرا لأحد الطرفين، والضرر في الشريعة الإسلامية يزال، وفي الفقه الحنفي نجدهم ينفردون بفسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ.

---

[1] النعيمي ، فاضل شاكر ، (١٩٦٩) . نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، بغداد ، دار الجاحظ . ص٢٤

[2] الدريني ، المصدر نفسه ، ص١٤٧

[3] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، (م٢٠٥) ، ص٢٣٢.

[4] القباني ، محمد رشيد ، (١٩٨٠) . نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بيروت ، لبنان . مجلة مجمع الفقه الإسلامي السنة الأولى ، العدد الثاني ، ص ٩٣

[5] الترمانيني ، المصدر نفسه ، ٤٧

والعذر في الفقه الحنفي كما عرفه ابن نجيم هو: "عجز أحد العاقدين عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به"[١]. فإذا طرأ على العقد من الحوادث ما يجعل في الاستمرار في تنفيذ العقد تحميلا للعاقد ضررا ما من شأنه أن يكون فاحشا، وخارجا عن ملتزمات العقد الذي اتفق عليها العاقدان، كانت تلك أعذارا، وترتب عليها أحكام العذر الطارئ.

والعذر الطارئ قد يطرأ في جانب أحد العاقدين و قد يطرأ على المعقود عليه[٢].

ومن أمثلة العذر في جانب المستأجِر[٣]:

- أن يفلس فيقوم من السوق حيث أنه لا ينتفع من الحانوت، ففي استمرار الإجارة إضرارا به ضررا لم يستحق بالعقد.
- أن يغير الحرفة، لأن في منعه من الانتقال عنها إضراراً به، كما أن في إبقاء العقد إذا انتقل إضرار به من حيث أن فيه إلزاما بالأجرة من غير استيفاء منفعة.

ومن أمثلة العذر من جانب المؤاجر[٤]:

- أن يلحقه دين لا يمكنه قضاؤه إلا من ثمن المستأجر.
- إذا اشترى شيئا فآجره، ثم اطلع على عيب فيه، فإن في التزامه المبيع المعيب إضرارا به، فيجعل حق الرد بالعيب عذرا يمكن معه فسخ الإجارة.

ومن أمثلة العذر في جانب المستأجر[5]:

- أن يستأجر إنسانا لقطع سنه عند الوجع، فزال الوجع، لأنه لا يمكن الاستمرار في موجب العقد شرعا.
- أن يستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر أنه لا خلل في البناء، فيفسخ العقد، وهكذا في كل ما يمنع المضي في موجب العقد شرعا، ولكن يلحقه نوع ضرر يحتاج فيه إلى الفسخ.

و تبرز هذه النظرية أيضا في الفقه الإسلامي في المذهب المالكي في ما يصطلحون عليه باسم "الجوائح". **والجوائح** في اصطلاح المالكية هي **"ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه "**[٦]. فخرج بالتعريف ما لم يعجز عن دفعه، وذلك كمثل البرد والنار

---

1 البحر الرائق ، ج٨، ص٤٢
2 الفتاوى الهندية ، ج٤، ٤٥٨
3 بدائع الصنائع ، ج٤، ص١٩٧
4 بدائع الصنائع ، ج٤، ص١٩٧
5 الفتاوى الهندية ، ج٤، ٤٥٩
6 الدسوقي،حاشية الدسوقي ، ج٣، ص١٨٢

والريح والغرق والجراد والسموم وقد أطلق عليها جائحة في المدونة وأما السارق والجيش ففيهما خلاف".

فقد اتفق المالكية على أن مفهوم الجوائح يقع على ما يحدث من أمور سماوية، من ريح وبرد، وجليد ونار وحر، وعفن وغيرها من أمور تحدثها عوامل الطبيعة[١].

غير أنهم اختلفوا فيما كان من صنيع الآدميين - على حد تعبيرهم -، ففي حين لم يعتبره فريق منهم جائحة مستندين في ذلك [٢] إلى ظاهر قول النبي –صلى ا عليه وسلم - : "أرأيت إن منع ا الثمرة بم تستحل مال أخيك"[٣]، اعتبره فريق آخر جائحة[٤]، معتدين بما ينشأ عن الظرفين من عامل مشترك هو الضرر المعجوز عن دفعه ولا يمكن التحفظ منه[5].

المطلب الثاني : عناصر النظرية ومقوماتها في الفقهين الإسلامي والوضعي.

تقوم النظرية على جملة من العناصر هي :

١- أن يتراخى تنفيذ العقد عن وقت إبرامه.[6] بمعنى أن يكون هناك فاصل بين انعقاد العقد وبين تنفيذه.[٧]

٢- أن يطرأ ظرف غير متوقع ولا بالوسع توقعه، ولا التحرز منه[٨]، أو التقليل من آثاره.[٩]

٣- أن يؤدي تنفيذ العقد في حالة الحادث الطارئ إلى إحداث ضرر فاحش، غير مستحق بالعقد[١٠]، وخارج عن الحد المألوف.[١١]

٤- أن يكون الظرف الطارئ ناتجا عن حالة عامة، لا خاصة بالعاقد.[١٢]

---

[1] الدسوقي ، الحاشية ، ج٤، ص٥٠ . المالكي ، أبي الحسن ، كفاية الطالب لرسالة أبي زيد القيرواني ، ٢م ، (تحقيق يوسف محمد البقاعي) دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٢ . ج٢، ص٢٨١ . الذخيرة ، ج٥ ، ص ٢١٢ .

[2] المغني ، ج٤، ص٢٣٣ ، بداية المجتهد ، ج٢، ص١٨٧

[3] رواه البخاري ،كتاب البيوع ، باب بيع المخاضرة ، حديث رقم ٢٠٥٦ ، ج٢، ص٧٦٨

[4] الذخيرة ، ج٥، ص٢١٢

[5] بداية المجتهد ، ج٢، ص١٨٨

[6] الترمانيني ، الظروف الطارئة ، ص٤٦

[7] الصيفي ، عبد الله ،حزيران ٢٠٠٧ (الجوائح عند المالكية). **المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، ٢ (٢) ، ١٦٢ .**

[8] بداية المجتهد، ج٢،ص١٨٧

[9] الصيفي ، الجوائح ، ص١٦٢ .

[10] بداية المجتهد ،ج٢، ص١٨٨ ، الترمانيني ، ص٦٣

[11] الصيفي ، الجوائح عند المالكية ، ص١٦٢ .

[12] الترمانيني ، الظروف الطارئة ، ص١١٩

٥- أن يؤول العقد في حال تنفيذه إلى التزام مرهق، بمعنى أن يهدد العاقد بخسارة فادحة.[١]

وفيما يلي بيان لهذه العناصر :

أولا : إن من أهم المعطيات التي تقوم عليها النظرية هي أن يكون العقد الذي طرأ عليه الظرف الطارئ عقدا يتراخى تنفيذه عن وقت إبرامه. إذ كيف يمكن تصور وقوع حادث طارئ بعد إبرام العقد قبل التنفيذ أو أثناءه إن لم يكن تنفيذ العقد متراخيا عن إبرامه [٢].

وعند الحنفية، فإن العذر الطارئ الذي يفسخ العقد يتحقق في عقد الإجارة حيث هو من عقود المدة أو العقود مستمرة التنفيذ، حيث للزمن دور جوهري سواء في الأداء و في الاستيفاء[٣].

وفي الجوائح فإن من شروط الجزاء أن تكون الثمرة باقية على الشجر إلى أن ينتهي نضجها، فإن انتهى نضجها واستحقت القطع فلا توضع فيها الجائحة، لأن المشتري هو الذي قصر في قطفها[٤]. ويلحظ في هذا الشرط اعتماده على المدة، حيث أن الوقت الذي تترك الثمار فيه على الشجر إلى أن تبلغ الحد الذي اشتريت من أجله الثمرة وقت متأخر عن وقت العقد على الثمر، فيكون التنفيذ هنا متراخيا عن الانعقاد.

ثانيا : تفترض النظرية تغير الظروف التي تم إبرام العقد على ضوءها بسبب طروء حادث غير متوقع الحدوث، ولا بالوسع توقعه، وإن وقع فإنه لا يمكن دفعه أو التحرز منه. كمن استأجر محلا ثم أفلس، أو أجر عقارا ثم لزمته ديون لا يقدر على سدادها إلا من ثمن المستأجر[٥]. أو كمن اشترى ثمرا فتلف بسبب الصقيع[٦].

ثالثا : تفترض النظرية كذلك أن يؤدي تنفيذ الالتزام في ظل هذا الحادث إلى إحداث ضرر غير عادي، بحيث يتصف هذا الضرر بأنه:

١- ضرر زائد [٧] أو فاحش وغير اعتيادي.

---

[1] الترمانيني ، الظروف الطارئة ، ص١١٩ .
[2] الترمانيني ، الظروف الطارئة ، ص٤٦
[3] الدريني ، النظريات الفقهية ، ١٤٩
[4] ابن عليش،منح الجليل ، ج٥، ص ٣١٢ ، التسولي البهجة في شرح التحفة ، ج٢، ص٥٦
ذكر شروط وضع الجائحة الثلاثة بقوله: (إن بلغت) الجائحة (ثلث المكيلة) أي مكيلة المجاح ثمرا أو ثلث الوزن أو العد في موزون أو معدود كبطيخ (ولو) كان المجاح (من) أحد صنفي نوع (كصيحاني وبرني) بيعا معا وأجيح أحدهما وكانت ثلث المجموع ولا ينظر لثلث المجاح وحده وأشار لثاني الشروط بقوله: (وبقيت) على رؤوس الشجرة (لينتهي طيبها) فإن تركت لا لذلك فلا جائحة فيها

[5] الكاساني،بدائع الصنائع ج٤، ص١٩٨
[6] ابن رشد، بداية المجتهد ، ج٢، ص١٨٧
[7] المرغناني،الهداية ، ج٣، ص٢٥٠

٢- ضرر غير مستحق بالعقد[1]؛ ذلك أن منشأ ذلك الضرر ليس ذات الالتزام وإنما منشأه ذلك الحادث الذي طرأ بعد العقد، وبالتالي فإنه خارج عن نطاق ما تعاقده المتعاقدان وما التزمه المدين في العقد. ومثال ذلك أن المؤجر إذا لحقت به الديون وليس له من المال لسداد ديونه إلا ثمن المستأجر، فإن هذا عذر طارئ يجعل الاستمرار في تنفيذ الالتزام مما يرهق المآجر، وهو ضرر غير مستحق بالعقد و خارج عن نطاق الالتزام فيفسخ به العقد ويعد مبررا للإخلال بقوة العقد الملزمة. في حين أنه لو ظهر للمآجر عرض جديد ببدل أعلى فبدا له فسخ العقد لذلك، لم يكن ذلك من الأعذار التي يفسخ بها العقد لما أن البقاء على العقد الأول هو من موجبات العقد وإن كان ضررا، لأنه مستحق بالعقد ومما يشمله نطاقه، فلا يعد سببا للإخلال بالقوة الملزمة للعقد.

٣- يستوي في الفقه الإسلامي أن يكون الظرف اللاحق بالعقد ظرفا خاصا بأي من المتعاقدين، أو أن يكون عاما، أما في الفقه الوضعي فإن أحكام الظروف الطارئة لا تطبق إلا على الظرف العام، في حين تطبق على الظرف الخاص الفردي أحكام نظرية أخرى في الفقه الوضعي هي نظرية الظروف القاهرة[2].

٤- يستوي أيضا أن يكون الضرر الناتج ضررا حسيا ماديا يخل بالالتزامات العاقدين، أو معنويا يمس الاعتبار الإنساني، أو أن يكون شرعيا يمنع الشارع من تنفيذ العقد عند طروئه[3].

٥- يستوي في الفقه الإسلامي أن يكون من شأن الضرر الناتج عن الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا مما يتفق مع نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي، أو أن يكون مستحيلا، وهو ما لا ينطوي تحت نظرية الظروف الطارئة، وإنما ينطوي تحت نظرية الظروف القاهرة. والفرق بين الظروف الطارئة وبين القوة القاهرة في القانون الوضعي، هو أن من شروط الحادث الطارئ أن يكون عاما، حيث

---

[1] المرغناني،الهداية، ج٣ ، ص٢٥٠
[2] الترمانيني ، الظروف الطارئة ، ٤٨
[3] الدريني، النظريات،١٥٠

يعدل العقد برد الالتزام إلى الحد المعقول في حين يمكن أن يكون الحادث القاهر فرديا، حيث يلزم انقضاء الالتزام جراء استحالة تنفيذه.[١]

المطلب الثالث : الجزاء في نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي.

إن الجزاء في نظرية الظروف الطارئة يتنوع بحسب الحالة التي تعالجها النظرية:

أولا: إن من أحكام النظرية أن يثبت حق فسخ العقد لمن طرأ عليه عذر طارئ من المتعاقدين، كما في العذر الطارئ على عقد الإجارة حيث يحق للمضرور أن يفسخ العقد[٢]. فإن كان العذر ظاهرا، فيفسخ العقد دون حاجة إلى حكم القضاء، في الوقت الذي يشترط فيه حكم قضائي بالفسخ إن كان العذر خفيا كالدين.[٣]

ثانيا: من أحكام النظرية أيضا انفساخ العقد بحكم الشرع "تلقائيا" إذا منع الشارع من المضي على موجبه[٤]، فلو استأجر طبيبا لقطع يده المتآكلة، ثم شفيت، انفسخ العقد تلقائيا[5]، لأن الشرع منع من تنفيذ موجب العقد لما فيه من الضرر والمفسدة.

ثالثا: من أحكم النظرية أيضا تعديل العقد، كإنقاص قيمة الالتزام في الجوائح، حيث يوضع من الثمن بمقدار التلف الذي ألحقته الجائحة بالثمار في نظرية الجوائح عند المالكية[٦].

ومن كل ذلك نخلص إلى أن لنظرية الظروف الطارئة مناطا ومضمونا معينا، إن تحقق في واقعة ما ينسحب أثرها على هذه الواقعة بما يتناسب معها، في سبيل علاج الواقعة بما يدفع الضرر ويدرأ المفسدة، ويحقق العدالة و يجلب المصلحة.

---

[1] د. محمد رشيد قباني ، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص٩٣

[2] الدريني، النظريات الفقهية ، ص١٥٢

[3] النعيمي ، نظرية الظروف الطارئة ص٦٨

[4] الدريني ، النظريات ، ١٥٢

[5] النعيمي ، الظروف الطارئة ، ٦٨

[6] النعيمي ، الظروف الطارئة ،٦٨

المطلب الرابع : الأدلة الإجمالية للنظرية

يمكن الاستدلال على النظرية من خلال عدة أدلة إجمالية وأخرى خاصة، أما الأدلة الإجمالية فترجع إلى نوعين، النوع الأول، أصول تشريعية عامة من نصوص القرآن الكريم أو نصوص السنة النبوية الشريفة، والنوع الثاني، قواعد فقهية.

أولا : الأصول التشريعية العامة الدالة على النظرية في نصوص القرآن الكريم :

النص الأول : قوله تعالى: {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}[١].

وجه الاستدلال هنا، أن الكسب الذي يستفاد نتيجة للظروف دون ابتناء على سبب شرعي معتبر هو كسب باطل في الشريعة الإسلامية. وفي مسألتنا فإن ثمن ما اجتاحته الجائحة من الثمار، هو ثمن لتالف، فينبغي أن يوضع، وإلا كان الثمن لغير بدل، فهو يأخذ مال غيره بلا مقابل، وهو ضرب من أكل أموال الناس بالباطل.[٢]

وفي مسألة العذر الطارئ على عقد الإجارة الذي يفوت المنفعة، فإن في استمرار الرابطة العقدية إخلالا بتوازن العقد، حيث يستوفي أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كاملة في حين يحرم الآخر منها أو بعضها، لعلة لا يد له فيها وليس بإمكانه دفعها أو التحرز منها.

حين ينشأ الظرف الطارئ المنتج ضررا بأحد المتعاقدين، فإنه يحدث تعارض ظاهري بين أصلين عامين في الشريعة الإسلامية ؛

الأول منها هو أصل اللزوم ووجوب الوفاء بالالتزامات لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[٣]. وهذا أصل عام في عقود المعاوضات، مناطه العام : انعقاد عقد صحيح، نافذ، لازم.

والثاني منها هو أصل تكليفي عام نشأ عند طروء الظرف، المنتج ضررا في حال التنفيذ[١]، أما مقتضاه فهو تحريم أكل أموال الناس بالباطل. إذ أنه وقبل طروء الظرف كان تنفيذ

---

[1] النساء ، الآية الكريمة٢٩

[2] الدريني ، النظريات ، ص١٥٧

[3] سورة المائدة ، الآية الكريمة (١)

العقد والوفاء به واجبا بحكم الأصل { وأوفوا بالعقود }، إلا أن طروء ما يؤدي بتنفيذ هذا الالتزام إلى الظلم وأكل أموال الناس بالباطل جعل من الضرورة الترجيح بين هذين الأصلين ليرتفع هذا التعارض الظاهري.

حيث يتنازع هذه المسألة مناطان عام وخاص ؛ فالمناط العام ما يكون في الظروف الاعتيادية حين يبرم عقد صحيح نافذ لازم، حيث يجب هنا الوفاء بالالتزام. أما المناط الخاص فهو ما يستجد من ظروف غير اعتيادية قبل تنفيذ العقد أو أثناءه، تودي بتوازن آثار العقد إلى الاختلال، ونلاحظ أن الفقهاء في هذه الحالة قدموا المناط الخاص الذي يعتبر بالمآل، على المناط العام. و قيدوا الأصل العام بعدم أدائه إلى الإضرار بالعاقدين أو بأحدهما أو أخذ مال أحدهما بغير حق. وقبل طروء هذا الحادث كان العمل على الأصل العام الأول هو الجاري وجوبا بلا ريب.[2]

النص الإجمالي الثاني : قوله تعالى :{ إن ا يأمر بالعدل و الإحسان } [3].

وفي تفسيرها يقول علماء التفسير ومنهم الإمام العز بن عبد السلام: "العدل: القضاء بالحق، والإحسان: التفضل بالإنعام"[4]. ويقول الزمخشري في تفسيرها : "العدل هو الواجب؛ لأن ا تعالى عدل فيه على عباده فجعل ما فرضه عليهم واقعاً تحت طاقتهم {والإحسان} الندب؛ وإنما علق أمره بهما جميعاً ؛ لأن الفرض لا بد من أن يقع فيه تفريط فيجبره الندب"[5]، ويقول القرطبي فيها: "العدل الإنصاف، والإحسان التفضل"[6].

وفي الحديث الشريف: "إن ا كتب الإحسان على كل شيء"[7] فالعدل شيء من الإحسان، و لكن إن كان بالعدل تحميل للنفس فوق ما تطيق فإن الإحسان يكون بالتخفيف منه. فالعدل أن يوفى كل إنسان حقه، تحقيقا لأمر الشارع لنا: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[8].

فإذا كان في الوفاء بالعقد وتنفيذه إضرار بالمدين كان لا بد من تعديل العقد بما يتفق و الإحسان، فإن كان المدين معسرا {فنظرة إلى ميسرة}[9]، وإن طرأت ظروف من شأنها أن ترهق

---

1 الدريني ، النظريات ، ص١٦٢ .
2 الدريني ، النظريات ، ص١٥٨
3 سورة النحل ، الآية الكريمة (٩٠)
4 تفسير العز بن عبد السلام ، ج١، ص٥٧٧
5 الزمخشري ، الكشاف ، المكتبة الشاملة ، ج٣ ، ٣٩١
6 تفسير القرطبي ، ج١٠، ص ١٦٥
7 صحيح مسلم ، ج ٦، ص٧٢ ، كتاب الصيد والذبائح ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل ، حديث رقم (٥١٦٧)
8 سورة المائدة ، الآية الكريمة (١)
9 سورة البقرة الآية الكريمة ٢٨٠.

المدين في تنفيذه للعقد ف (لا ضرر ولا ضرار) حيث يعدل العقد بما يخفف من تحمل المدين ذلك الإرهاق، وفي كل ذلك نرى اتباعا لمبدأ رفع الضرر والحرج [١].

الدليل الإجمالي الثاني : القواعد الفقهية [٢] :

أولا: قاعدة الضرر يزال.

ومعنى القاعدة أن الضرر تجب إزالته [٣]. وفي مسألتنا فإن الضرر غير المستحق بالعقد ظلم، وهو من الضرر الواجب الدفع والرفع.

ثانيا : الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

والحاجة كالضرورة في كونها مستثناة من قواعد الشرع، دفعا للحاجة و تيسيرا على الناس ورفع العسر عنهم. وفي مسألتنا فإن الالتزام المرهق في حالة العذر الطارئ توقع المدين في الحاجة، فيرفع الضيق عنه، وإن كان في ذلك استثناء من بعض قواعد الشرع فإنه انطواء تحت قواعد شرعية أخرى.

ثالثا : درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدمت المفسدة الراجحة، ذلك أن الشارع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات، للحديث الشريف (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فانتهوا). وفي موضوعنا تعارض أصلان ؛ مصلحة الأصل (وجوب الوفاء بالعقود) والمفسدة الناتجة عن الظرف الطارئ وهو الضرر الفاحش غير المستحق بالعقد فيقدم، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات كما سبق[٤].

من كل تلك الأدلة الإجمالية يتبين لنا قدر مراعاة الشارع للضرورة والحاجة، وقدر اعتنائه برفع الضرر والمفسدة، وكيف أن تطبيق القواعد العامة في الشريعة مضبوط بامتناع

---

[1] الدريني ، النظريات ، ص١٦٥ . عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة ،ص٣٥-٤٦

[2] اختلفت آراء الفقهاء حول حجية القواعد الفقهية التي مصدرها الاجتهاد ، فبينما يرى بعض الفقهاء عدم حجيتها يرى آخرون بحجيتها .
أما أدلة الرأي الأول فهي ١- أن حكمها أغلبي لها مستثنيات. ٢- كثير منها مصدره الاستقراء غير التام .٣- مستنبطة من الفروع الفقهية.
أما دليل الرأي الثاني فهو أن أصلها كلي . كما يرد أصحاب هذا الرأي على أدلة الفريق الثاني بما يلي ١- المستثنيات وقعت بسبب عدم تحقق شروط القاعدة فيها .٢- أغلب العلوم مصدرها الاستقراء الناقص .٣- هي حجة على الفروع الأخرى التي لم تستنبط منها .
الباحسين، القواعد الفقهية، ص٢٦٦-٢٨٢.
أما القواعد الفقهية التي مبناها على أدلة من الكتاب والسنة فلا مانع من الاحتكام إليها والاستنباط منها عند الفريقين ، لكن الاعتبار هنا ليس بكونها قاعدة فقهية ، وإنما بكونها دليلا شرعيا من الكتاب والسنة . ومن أمثلة هذا النوع من القواعد الفقهية قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وقاعدة (اليقين لا يزول بالشك).

[3] الزرقا ، شرح القواعد ، ص١٧٩ .

[4] الدريني ، النظريات الفقهية ، ص١٣٩ .

الضرر الراجح غير المستحق في المآل، لما تبين من أنه ظلم، والظلم تأباه الشريعة الإسلامية السمحة، إذ أن الشريعة الإسلامية كل متسق لا تناقض في جزئياتها مع كلياتها، لا في التصور ولا في الوقوع [١].

المطلب الخامس : الأدلة الخاصة للنظرية.

أولا : الأدلة الخاصة التي قامت عليها نظرية العذر :

لقد بنى المذهب الحنفي قانون العذر الطارئ على أسس فقهية هي :

١- إن الإجارة هي بيع منفعة والمنافع معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل[٢]، وبالتالي فإنها على القياس غير جائزة لكنها جازت استحسانا لحاجة الناس[٣]، حيث آل الأمر إلى ضرر.

٢- أن المعقود عليه هو المنافع وأنها توجد شيئا فشيئا، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء لوحده، فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض المبيع يثبت للعاقد حق الفسخ[٤]. ووجه القياس بين العذر الطارئ على الإجارة والعيب اللاحق بالمبيع هو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[٥]. حيث أن الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب، فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عذرا يفسخ به العقد[٦]. يقول في البدائع: "وحدوث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برئت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا"[٧].

---

[1] الدريني ، النظريات الفقهية ، ص١٤١ .
[2] الكاساني،بدائع الصنائع ، ج٤، ص١٨٧
[3] المرغناني،الهداية ، ج٢، ص٢٣١
[4] الكاساني،بدائع الصنائع ، ج٤، ص١٧٨
[5] الهداية ج٣، ص٢٥٠
[6] الزيلعي، تبيين الحقائق، ، ج٥، ص١٤٦
[7] الكاساني،البدائع ، ج٤، ص١٩٧

٣- لما كان من "قضية عقد المعاوضة المساواة"[١]. و "المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين"[٢]، فإنه لا بد من توافرها في كل مراحل عقد الإيجار الذي يرى الأحناف أنه يتجدد ساعة فساعة [٣]، فإذا تغيرت ظروف العقد بأن أصبح الاستمرار في تنفذه يخل بمبدأ المساواة بين حقوق العاقدين والتزاماتهما فإن ذلك عذر يمكن معه فسخ الإيجار[٤].

ثانيا :الأدلة الخاصة بنظرية الجوائح :

١- ما ورد في صحيح البخاري عن أنس رضي ا عنه أن النبي صلى ا عليه وسلم نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهو فقلنا لأنس ما زهوها قال تحمر وتصفر أرأيت إن منع ا الثمرة بم تستحل مال أخيك "[٥].

٢- الحديث الوارد في صحيح مسلم عن جابر عن رسول ا صلى ا عليه وسلم : " لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق"[٦].

مسوغات الأخذ بنظرية الظروف الطارئة :

مما سبق نخلص إلى أن الحوادث الطارئة هي مشكلة تؤدي إلى المساس بمقصود العاقدين من العقد وهو تحقيق مصالح متوازنة متبادلة بينهما. فإذا حدث ذلك كان من اللازم تعديل العقد أو إلغاؤه بحسب الحاجة، في سبيل رفع الفساد الحاصل من تفاوت المصالح. و في ذلك خروج عن مبدأ وجوب الوفاء بالعقد أو القوة الملزمة للعقد.

وفيما يلي بيان لمسوغات الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وأهمية ذلك :

١. معالجة ما طرأ على العقد من اختلال في التوازن الاقتصادي نتيجة الظرف الطارئ، ذلك أن مقصود العاقدين من العقد هو تبادل المصالح دون أن تطغى مصلحة أحدهما

---

[1] ابن نجيم،البحر الرائق ، ج٨، ص٦٩ .الزيلعي، تبيين الحقائق ، ج٥، ص١٧١.
[2] الكاساني، البدائع ،ج٤،ص٢٠١. فاضل النعيمي، نظرية الظروف الطارئة، ١٥٨.
[3] ابن نجيم ،البحر الرائق ج٨، ص٣
[4] النعيمي ، الظروف الطارئة ، ١٥٨
[5] صحيح البخاري ، ج٢، ص٧٦٨، باب بيع المخاضرة ، حديث رقم ، ٢٠٩٤
[6] صحيح مسلم ، ج٥، ص٢٩، باب وضع الجوائح ،حديث رقم ٤٠٥٨

على حساب الأخرى. والتوازن الاقتصادي في العقد هو مقصود الشرع أيضا وما تحريم الاحتكار والغش وغيرها، وتشريع خيار الشرط وكذا العيب و نحوهما إلا دليل على حرص الشارع على تحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، إذ أن في تحقيقه إقامة للعدل في العقد وهو مقصود الشريعة ومبناها[١].

٢. رفع الضرر الذي يتناقض مع مقاصد الشريعة ومبانيها، إذ أن مقصود العاقدين من إبرام العقد بداية هو تحقيق مصلحة لكليهما، فالعقد هو وسيلة تحقيق تلك المصلحة، وبالتالي فإن موجب الالتزام هو المصلحة. فإن طرأ ما يخرج العقد عن مقصوده، فأدى إلا أن ينتج عن الالستمرار في الإلزام به على ما تم الاتفاق عليه ضرر كان من الواجب رفع هذا الضر لأن الضرر يزال في الشريعة الإسلامية الحنيفة.

٣. رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم في معاملاتهم، ودليل ذلك قوله تعالى {لا يكلف ا نفسا إلا وسعها}[٢]. فإذا كان في المضي على موجب العقد مشقة وعسر، فإن هذا مما يتناقض مع مقاصد الشريعة من رفع الحرج والعنت، وبالتالي فإنه لا بد حينئذ من دفع المشقة وتعديل العقد بما يزيل العسرة والعنت. [٣]

٤. رفع النزاع الحاصل نتيجة لتبدل ظروف العقد وانعدام التوازن العقدي، فيأتي مبدأ الظروف الطارئة كحل لهذا الخلاف، من خلال إعادة التوازن والعدالة ومنع الظلم. [٤]

٥. تقييد القوة الملزمة للعقد بما يقتضيه مبدأ الظرف الطارئ وبالتالي التخفيف من حدة القوة الملزمة للعقد، إذ أن الالتزام بحرفية العقد في حالة يصعب فيها الوفاء بالالتزام هو أمر شاق، لا بد من التخفيف منه[5]. ذلك أن كلا من العاقدين ألزم نفسه بالعقد في ظل ظروف معينة، فعقدا العقد بناء على تلك الظروف، لكن تغير الظروف وتبدلها إلى الحالة التي يصبح الاستمرار في تنفيذ العقد سببا في الإثقال على عاقد وإثراء

---

[1] الغنانيم ، قذافي (٢٠٠٣) . العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي . الجامعة الأردنية ، عمان .
[2] سورة البقرة ، الآية الكريمة
[3] الغنانيم ، العذر ، ص٢٢
[4] الغنانيم ، العذر ، ص ٢٤
[5] الغنانيم ، المصدر نفسه ، ٢٥

العاقد الآخر على حسابه يجعل التمسك في العقد والقوة الملزمة فيه أمرا يحيد عن مبدأ أصيل آخر هو مبدأ العدالة، لأنه يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، والتوازن في المصالح التي ما أبرم العقد إلا على أساسها.

٦. منع التعسف في استعمال الحق، في ظل ظروف تجعل الاستمرار في التنفيذ العقد مما يلحق ضررا فاحشا بالعاقد، و هذا الضرر مما لم يلتزمه ذلك العاقد بالعقد، وبالتالي فإن في إجباره على تنفيذ العقد والحال هذه ظلما بينا، وتعسفا بالحق واضحا من جهة الطرف الآخر [١].

[1] الغنانيم ، العذر ، ص ٢٧ .

خـــاتمـــة

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج التالية :

أولا : إن مفهوم القوة الملزمة للعقد في موضوعه هو : **ما يترتب من التزامات على الرابطة الإلزامية التي ينشؤها العقد بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ تلك الالتزامات الناشئة منه.**

ثانياً : إن هذا المصطلح وإن كان يرد في كتب القانونيين إلا أن أساسه وهو الوفاء بالالتزام العقدي هو مبدأ أصيل في الفقه الإسلامي و دليله قوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}.

ثالثاً : إن قوة العقد مستمدة من الشرع كما في قوله تعالى : { أوفوا بالعقود }، ويؤيده العقل، إذ العقد يقضي بضرورة الإلزام العقدي ضمانة استقرار المعاملات.

رابعاً: إن الالتزام بمبدأ القوة الملزمة للعقد يتطلب أن تكون صيغة العقد واضحة إلا أنه في بعض الحالات تكون صيغة العقد غير واضحة مما يستدعي تفسير العقد، وفحوى العملية هي **التعرف على مراد العاقدين المشترك من خلال العبارات المستعملة في التعبير عن الإرادة**.

خامساً : فيما يختص بعلاقة الإرادة بالتعبير، فإن الأولوية بالاعتبار في الفقه الإسلامي هي للإرادة الظاهرة، دون إهمال للإرادة الباطنة لما لها من أهمية في الفقه الإسلامي.
وذلك بالرجوع إلى القواعد الفقهية الضابطة لتفسير صيغة العقد وتكييفه في الفقه الإسلامي.

سادسا: إن التزام العاقدين بالالتزام العقدي يتطلب أيضا تحديد ما يندرج تحته وما يدخل في نطاقه من خلال عملية تحديد نطاق العقد وهي عبارة عن : **تحديد الالتزامات التي أنشأها العاقدان بموجب العقد من خلال ما ورد فيه وما هو من مستلزماته.**
وهذه العملية خاضعة للتأثير من قبل عدة عوامل قد ترافقها فتضبطها وتحددها

وهذه المؤثرات قد تكون نصا شرعيا أو عرفا أو شروطا مقترنة بالعقد أو طبيعة الالتزام أو مقاصد الشريعة.

سابعاً : إن انقضاء الالتزامات التي ينشئها العقد تتم عن طريق انحلال العقد، وعن طريق تنفيذ الالتزام. وتنفيذ العقد هو مرحلة لاحقة لمرحلة تكوين العقد، حيث يجب على العاقد بعد الانعقاد القيام بجميع ما شمله نطاق العقد من التزامات بصورة سليمة.

ثامناً : يختلف تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي باختلاف نوع العقد وطبيعة الالتزام فيه، فيختلف تنفيذ العقود على الأعيان عن تنفيذ العقود على المنافع وهكذا.

تاسعاً: لا بد في تنفيذ العقد من مراعاة الإخلاص والأمانة وتوخي القصد والاعتدال في التنفيذ، حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالاً على العاقدين أو أحدهما، وهذا ما يسمى بحسن النية في تنفيذ العقد.

عاشراً : يرجع إلى تقدير حسن النية إلى معيارين، الأول هو المعيار الذاتي، أو بتعبير آخر انتفاء نية الخروج على أحكام الشارع ومقاصده في التصرفات المشرعة. والثاني منها المعيار الموضوعي، أو هو معيار التوازن بين المصالح المتعارضة وانتفاء الضرر الفاحش في التصرفات.

حادي عشر : إن لحسن النية مظاهر منها :

١- الالتزام بالأمانة والإخلاص والصدق وشرف التعامل.
٢- الالتزام بالتعاون.
٣- عدم التعسف في استعمال الحق.

ثاني عشر : إن الالتزام بمبدأ القوة الملزمة للعقد هو أصل شرعي، إلا أنه قد تطرأ على العقد ظروف أو متغيرات تجعل من الالتزام بهذا الأصل أمرا عسيرا منتجا للضرر الذي غاية التشريع رفعه. مما يستدعي تعديل العقد والخروج أو التخفيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد

التوصيات:

فإن هذه الدراسة قد بحثت القوة الملزمة للعقد في موضوعه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بمواد القانون المدني الأردني، وإن للقوة الملزمة جانبان؛ الأول هو القوة الملزمة للعقد بالنسبة للموضوع، والثاني هو القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص لذا فإنه لابد من استكمال دراسة القوة الملزمة للعقد من خلال بحث الجانب الآخر منها وهو القوة الملزمة للعقد بالنسبة للأشخاص، دراسة فقهية، ومقارنتها أيضا بما جاء في القانون المدني الأردني.

المصادر و المراجع

- القرآن الكريم.
- الأزهري، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي أبو منصور، (ت٤٧٠ هـ).الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ط١، ١م، (تحقيق : د. محمد جبر الألفي)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٣٩٩ هـ .
- الآمدي، علي بن محمد أبو الحسن، (٦٣١ت هـ). الإحكام في أصول الأحكام، ط١، ٤م، (تحقيق د. سيد الجميلي) دار الكتاب العربي – بيروت، ١٤٠٤.
- الأنصاري، زكريا، (ت ٩٢٦ هـ). أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ط١، ٤م، (تحقيق: د. محمد تامر) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠٠ .
- الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، (١٩٩٩). قاعدة الامور بمقاصدها "دراسة نظرية تأصيلية ". الرياض، مكتبة الرشد.
- الباحسين، يعقوب، (١٩٩٨). القواعد الفقهية " المبادئ- المقومات- المصادر- الدليلي- التطور- دراسة نظرية- تحليلية- تأصيلية- تاريخية". الرياض، مكتبة الرشد، شركة الرياض للنشر والتوزيع.
- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين، (ت ٧٣٠هـ). كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ط١، (تحقيق عبد ا محمود محمد عمر)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، أبو عبدا ، (ت ٢٥٦ هـ). الجامع الصحيح المختصر، ط٣، ٦م، (تحقيق : د. مصطفى ديب)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ – ١٩٨٧.
- أبو البصل، عبد الناصر موسى (١٩٩٩). دراسات في فقه القانون المدني الأردني (النظرية العامة للعقد)، ط١، دار النفائس، عمان.
- البغا، مصطفى ديب. أثر الأدلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في لاقه الإسلامي. دمشق، دار الإمام البخاري.
- إبراهيم بك، أحمد، (١٩٤٤). الالتزامات في الشرع الإسلامي، القاهرة، دار الأنصار.

- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (ت ١٠٥١هـ). الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، (المحقق : سعيد محمد اللحام)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ٦م، (تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢ هـ.
- البورنو، محمد صدقي بن أحمد، أبو الحارث الغزي، (١٩٩٧). موسوعة القواعد الفقهية. ط١، مكتبة التوبة، الرياض.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (٤٥٨ت هـ). السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، ط١، ١٠م، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، ١٣٤٤ هـ.
- الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، (ت ٢٧٩ هـ).الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، ٥م، (تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت١٢٥٨ هـ). البهجة في شرح التحفة ط١، ٢م، (تحقيق محمد عبد القادر شاهين) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ). مجموع الفتاوى، ط٣، (المحقق : أنور الباز - عامر الجزار)، دار الوفاء، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م.
- ابن تيمية، : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى : ٧٢٨هـ) مجموع الفتاوى، (المحقق : أنور الباز - عامر الجزار)، دار الوفاء، الطبعة : الثالثة، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م
- الجبوري، ياسين محمد، (٢٠٠٢). المبسوط في شرح القانون المدني الأردني. عمان : دار وائل.
- الجبوري، ياسين محمد، (١٩٩٨). الوسيط في شرح القانون المدني الأردني. اربد، ياسين الجبوري.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، (ت٨١٦ هـ).، التعريفات، ط١، ١م، (تحقيق : إبراهيم الأبياري) دار الكتاب العربي، بيروت .
- نسخة أخرى، دار الكتب العلمية/لبنان، ط٢٠٠١/١، م٣، ص٤٣٢

- الجمل، سليمان، (ت ١٢٠٤ هـ). حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ٥م، دار الفكر، بيروت.
- الحاكم، محمد بن عبدا أبو عبدا الحاكم النيسابوري، (ت ٤٠٥هـ). المستدرك على الصحيحين، ط١، ٤م، (تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ – ١٩٩٠.
- أبو حجير، مجيد محمود، (٢٠٠٢). نظرية التعسف في استعمال الحق. عمان، الدار العلمية الدولية.
- الحطاب، شمس الدين أبو عبد ا محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، (ت ٩٥٤هـ) . مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ط. خاصة، (تحقيق زكريا عميرات)، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .
- الحكيم، عبد المجيد، (١٩٩٣). شرح القانون المدني الأردني، والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية. عمان، الشركة الجديدة.
- حماد، نزيه، (١٤٢٥). عقود الإذعان في الفقه الإسلامي. **مجلة العدل،** (٢٤).
- حيدر، علي، (٢٠٠٣). شرح مجلة الأحكام العدلية. ط خاصة، الرياض، دار عالم الكتب (تعريب المحامي فمي حسين).
- الدردير، أبو البركات (ت١٢٠١ هـ). الشرح الكبير، ط بلا، ٤م، دار الفكر، بيروت.
- الدسوقي، محمد عرفه، (ت ١٢٣٠هـ). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ط بلا)، (تحقيق محمد عليش)، دار الفكر، بيروت.
- الدريني، محمد فتحي، (١٩٩٤). بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الدريني، محمد فتحي، (١٩٨٩-١٩٩٠). النظريات الفقهية. ط٢، دمشق، جامعة دمشق.
- الدريني، فتحي، (١٩٩٨). التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. ط٢، عمان، دار البشير، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- الدوري، قحطان، (١٩٧٤). الاحتكار في الفقه الإسلامي. ط١، بغداد، مطبعة الأمة.
- الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد بن المفضل، أبو القاسم، (ت٥٠٢هـ). مفردات ألفاظ القرآن، (ط بلا)، ٢م، دار القلم، دمشق.

- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين، الشهير بالشافعي الصغير، (ت ١٠٠٤هـ). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٨م دار الفكر للطباعة، بيروت ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، (ت ١٢٠٥هـ). تاج العروس من جواهر القاموس، (ط بلا)، ٤٠م، دار الهداية.
- الزحيلي، محمد، (٢٠٠٦). القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة. دمشق، دار الفكر.
- الزحيلي، وهبه الزحيلي، (١٩٨٩). الفقه الإسلامي وأدلته، ط٣، دار الفكر، دمشق.
- الزرقا، أحمد، بن الشيخ محمد، (ت١٩٣٨). شرح القواعد الفقهية، ط٢، ١م، (تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى د. عبد الستار أبو غدة)، دار القلم، دمشق، ١٩٨٩.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٤). شرح القانون المدني السوري. ط١، دمشق، مطبعة دار الحياة.
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٩٨). المدخل الفقهي العام، ط١، ٢م، دار القلم، دمشق
- الزرقا، مصطفى أحمد، (١٩٦٥). نظرية الالتزام العامة. ط٦، دمشق، مطبعة طربين.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد ا ، أبو عبد ا ، (ت ٧٩٤هـ). البحر المحيط في أصول الفقه، ٤م، (تحقيق ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر)، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- الزركشي، المنثور في القواعد، ط٢، ٣م، (تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥ هـ.
- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد جار ا الكشاف جار ا ، (ت ٥٣٨هـ). الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ٤م، (تحقيق عبد الرزاق المهدي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- أبو زهرة، محمد، (١٩٧٧). الملكية ونظرية العقد في لشريعة الإسلامية. القاهرة، دار الفكر العربي.
- زيدان، عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، (ت٥٤٣ هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٦*٣ م، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.

- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي، (ت٧٧١ هـ). الأشباه والنظائر، ط١، ٢م، دار الكتب العلمية، ١٤١١ هـ - ١٩٩١م .
- سراج، محمد. نظرية العقد في الفقه الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة " (د.ط). الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، (ت ٤٨٣هـ). أصول السرخسي، ط١، دار الكتاب العلمية، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- السرخسي، المبسوط، ط١، (دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس)، دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.
- السعدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، (ت ٤٦١ هـ). النتف في الفتاوى، (تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي)، (ط بلا)، دار الفرقان، عمان / مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤ – ١٩٨٤.
- أبو السعود، سوزان عبد الحميد، (٢٠٠٥/٢٠٠٦)، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت / كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن.
- باز، سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية. (د. ط) (د.ن) / مكتبة الجامعة الأردنية.
- سلطان، أنور، (٢٠٠٥). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المقارن، عمان، دار الثقافة.
- السمرقندي، علاء الدين، (ت٥٣٩ هـ). تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥ – ١٩٨٤.
- السنهوري، عبد الرزاق، (١٩٥٩). مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث " . ط١، معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية.
- سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٩٦). الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني " دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية. ط١، عمان، مكتبة دار الثقافة.
- سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٧٩). التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي. ط٢، الجزائر، الشركة الوطنية.
- سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٨٥). الشكل في الفقه الإسلامي. ط١، المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة.

- سوار، محمد وحيد الدين، (١٩٧٧- ١٩٧٨). شرح القانون المدني السوري. دمشق، المطبعة الجديدة.
- السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (ت٦٨١هـ). شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت٩١١ هـ). الأشباه والنظائر، ١م، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣ هـ.
- السيوطي، مصطفى السيوطي الرحيباني، (ت ١٢٤٣هـ). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ٦م، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٩٦١م.
- الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبد ا . أحكام القرآن، ٢م، (تحقيق : عبد الغني عبد الخالق)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠ هـ.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، (ت٧٩٠هـ). الموافقات في أصول الشريعة، (المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان)، ط١، ٧م، دار ابن عفان، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م .
- شبير، محمد عثمان، (٢٠٠٠). القواعد الكلية والضوابط الفقهية. عمان، دار الفرقان. (٢٠٠٦).
- الشربيني، محمد الخطيب، (ت٩٧٧ هـ). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ٤م، دار الفكر، بيروت.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي، أبو إسحق، (ت ٤٧٦هـ). التبصرة في أصول الفقه، ط١، ١م، (تحقيق : د. محمد حسن هيتو)، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٣.
- الصيفي، عبد ا ، حزيران ٢٠٠٧ (الجوائح عند المالكية). **المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية**، ٢ (٢).
- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر، (ت٣١٠هـ). جامع البيان في تأويل القرآن، ط١، ٢٤م، (تحقيق أحمد محمد شاكر)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت ١٨٣٦ هـ). حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ٨م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- عامر، حسين، (١٩٤٩). القوة الملزمة للعقد. ط١، القاهرة، مطبعة مصر.

- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت ٦٦٠هـ). قواعد الأحكام في مصالح الأنام، (تحقيق محمود بن التلاميد الشنقيطي)، دار المعارف بيروت.
- ابن عبد السلام، الإمام عز الدين عبد العزيز السلمي الدمشقي الشافعي، (ت٦٦٠ هـ)، تفسير العز بن عبد السلام تفسير القرآن / اختصار النكت للماوردي، ط١، ٣م، (تحقيق الدكتور عبد ا بن إبراهيم الوهبي)، دار ابن حزم، بيروت، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦م.
- العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد ا ، (ت٨٩٧هـ). التاج والإكليل لمختصر خليل، ٦م، دار الفكر، بيروت ١٣٩٨ هـ.
- العطار، عبد الناصر توفيق، (١٩٧٨). نظرية الأجل في الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة.
- ابن عليش، محمد بن أحمد بن محمد، (ت١٢٩٩ هـ). فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (جمعها ونسقها وفهرسها، علي بن نايف الشحود)
- عليش، محمد بن أحمد، (ت ١٢٩٩ هـ). منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، ٩م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- الغزالي، محمد بن محمد أبو حامد، (ت ٥٠٥ هـ). المستصفى في علم الأصول، ط١، ١م، (تحقيق : محمد عبد السلام عبد الشافي) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣ هـ.
- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، (ت ٣٩٥ هـ). معجم مقاييس اللغة، ٦م، (تحقيق عبد السلام محمد هارون)، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب (ت ٨١٧ هـ). القاموس المحيط، ١م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، (ت ٧٧٠ هـ). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ٢م، المكتبة العلمية، بيروت .
- القاضي، منير، (١٩٤٨). شرح المجلة. بغداد، وزارة المعارف.
- ابن قدامة المقدسي، عبد ا ، أبو محمد، (ت٦٢٠هـ). الكافي في فقه ابن حنبل، ٤م، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن قدامة المقدسي، عبد ا بن أحمد، أبو محمد. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط١، ١٠م، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥.

- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت٦٨٤ هـ). الذخيرة، ١٤م، (تحقيق محمد حجي)، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤م .
- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ). الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، ٤م، (تحقيق خليل المنصور)، الناشر دار الكتب العلمية
- بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- القري، محمد، عقود الإذعان . **مجلة مجمع الفقه الإسلامي،** الدورة الرابعة عشر.
- القضاة، نوح علي سلمان، (١٩٨٦). إبراء الذمة من حقوق العباد، ط١، عمان، دار البشير.
- القوني، عبد الحليم، عبد اللطيف، (٢٠٠٤). حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني. الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- فودة، عبد الحكم، (١٩٩٣). تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن. ط١، عمان، الشركة الجديدة للطباعة.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد ا ، (ت ٧٥٢ هـ). إعلام الموقعين عن رب العالمين، ٤م، (تحقيق : طه عبد الرءوف سعد)، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد ا . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ١م، (تحقيق : د. محمد جميل غازي)، مطبعة المدني، القاهرة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري. لسان العرب، ط١، ١٥م، دار صادر، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين، (ت ٥٨٧ هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ٧م، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ). تفسير القرآن العظيم، ط٢، ٨م، (تحقيق سامي بن محمد سلامة)، دار طيبة للنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م.
- نجوم، عيشة صديق، ١٤٠٧ هـ، رسالة ماجستير، التسعير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

- ابن نجيم، زين الدين الحنفي، (ت٩٧٠هـ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، ١م، دار المعرفة، بيروت
- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط خاصة، (تحقيق و تعريب: المحامي فهمي الحسيني)، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣ م.
- المنوفي، أبي الحسن، (ت ٩٣٩ هـ). كفاية الطالب لرسالة أبي زيد القيرواني، ٢م، (تحقيق يوسف محمد البقاعي) دار الفكر، بيروت، ١٤١٢.
- الماوردي، أبو الحسن الماوردى، (ت ٤٥٠ هـ). كتاب الحاوى الكبير، ١٨م، دار الفكر ـ بيروت.
- المحمصاني، صبحي، (١٩٧٥). فلسفة التشريع في الإسلام. ط٤، بيروت، دار العلم للملايين.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، بإدارة المحامي طارق نبيل، وعضوية المحامي توفيق سالم والمحامي منير مزاوي، ٢م، نقابة المحامين، عمان، ١٩٧٦. ج١، ص٩٣.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي، (ت٨٨٥هـ). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط١، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٩هـ.
- المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، (٨٨٥ هـ). التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ٨م، (تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح)، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، (ت٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، الناشر المكتبة الإسلامية.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (ت٢٦١هـ). الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، ٨م * ٤ج، دار الجيل، بيروت + دار الأفاق الجديدة ـ بيروت
- مقابلة، علاء الدين محمد (٢٠٠٤). تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" رسالة ماجستير، جامعة آل البيت / كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن.

- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد ا بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين (ت٨٨٤هـ). المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض ١٤٢٣هـ /٢٠٠٣م.
- شلبي، محمد مصطفى، (١٩٨٥). المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكي والعقود فيه، دار النهضة، بيروت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، ط٢، ٤٥م، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون والإسلامية، الكويت / طبعة ذات السلاسل، ١٩٨٣.
- الموصلي، عبد ا بن محمود بن مودود، الحنفي، (ت٦٨٣هـ). الاختيار لتعليل المختار، ط٣، ٥ م، (تحقيق : عبد اللطيف محمد عبد الرحمن)، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، (ت ٣٠٣ هـ). سنن النسائي، بشرح السيوطي وحاشية السندي (تحقيق مكتب تحقيق التراث)، ط٥، ٨م، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٠هـ.
- النسفي، أبو البركات عبد ا بن أحمد بن محمود، (ت ٧١٠ هـ).تفسير النسفي المسمى مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ٤م، (تحقيق مروان محمد الشعار) دار النفائس، بيروت ٢٠٠٥.
- النووي، يحيى بن شرف النووي أبو زكريا، (ت ٦٧٦ هـ). منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ١م، دار المعرفة، بيروت.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط٢، ١٨م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٩٢.
- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ١٢م، المكتب الإسلامي، ، بيروت، ١٤٠٥ هـ .
- مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، تحقيق نجيب هواويني، الناشر كارخانه تجارت كتب، عدد الأجزاء ١
- نظام، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ٦م، دار الفكر بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- المبسوط في شرح القانون المدني دراسة موازنة في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، جامعة آل البيت / كلية الدراسات الفقهية والقانونية، دار وائل للطباعة والنشر/ط١/٢٠٠٢.

BINDING POWER OF THE CONTRACT IN THE SUBJECT "COMPARATIVE STUDY WITH THE JORDANIAN CIVIL LAW"

prepared by

Hanan Abdul-Karim Al-Qudah

Supervisor
Dr. Abdullah Al-Saifi

Abstract

This study addressed the issue of the binding force of the contract in the Islamic jurisprudence theme, where the theory of the binding force of the contract is base on an important principle, namely, the principle of " religious law is the contract of contractors ". Once they agree each of contractors must respect their respective law which they committed and to fulfill what was agreed on the contract. Subject has been discussed according to the following themes:

First: focus on the statement of the concept of the contract, the subject of the contract, the binding force of the contract, and the related terms, to conclude the concept of "the binding force of a contract in the theme."

second: focus on the nature of the contract's subject and the importance of contract interpretation and adaptation and determine the scope of the contract and the law of commitment and their respective law called the "legitimate contract."

third: the study presents some exceptions which may be contained on the binding force of the contract, circumstances arise which may necessitate modification of the contract, and exit from the binding force of the contract, and then we ended the study with conclusive results.